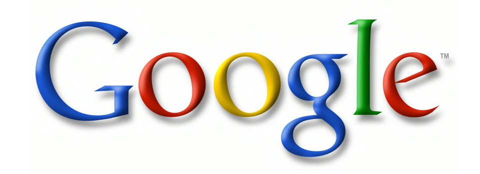


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

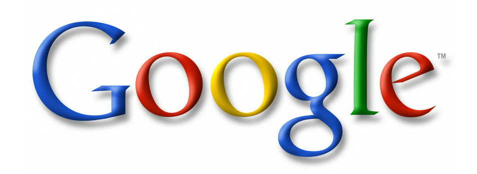
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 770 416



HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 10, 1904.

Germany

ZUR

LEGIS ACTIO SACRAMENTO IN REM.

HABILITATIONSSCHRIFT

VON

PHILIPP LOTMAR.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN.

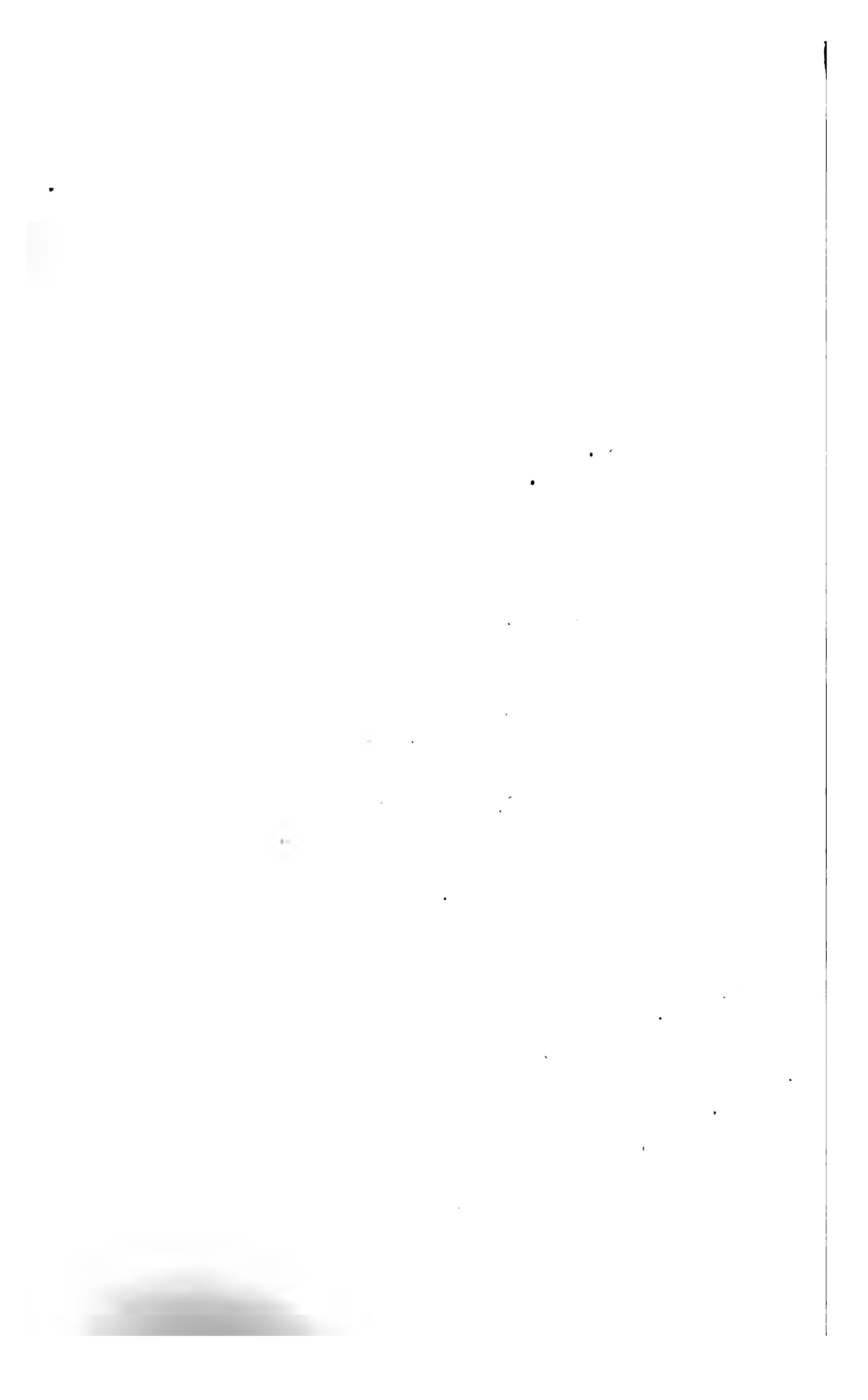
1876.

Rec. Mar. 10, 1904.

Dem Freunde

ALBERT BACHER

gewidmet.



Vorwort.

Die gegenwärtige Schrift ist auch in dem Sinn eine Gelegenheitsschrift, dass sie nicht „ex praemeditato“ verfasst worden ist: vielmehr haben Untersuchungen über einen Gegenstand, dessen Anfang und Ende von dem hier behandelten weitab liegen, die Gelegenheit zur Behandlung des letzteren geboten. Der weise Gemeinplatz, dass das römische Civilrecht nicht ohne den römischen Civilprocess zu verstehen ist, enthält auch die Wahrheit, dass eine jenem angehörige Erkenntniss sich in diesem bewähren müsse, dass sie nur dann gewonnen ist, wenn sich erwiesen hat, wie sie sich in den feststehenden Formen der Rechtspflege gestaltet und wie sie im Process verwerthet wird, dass somit ihre Richtigkeit abhängt von ihrer Uebereinstimmung mit dem gerichtlichen Verfahren. Ein bei den erwähnten Untersuchungen gefundener Satz durfte einerseits durch Zeugnisse der Alten hinreichend beglaubigt scheinen und vermochte doch andererseits die Probe am Processe nicht zu bestehen. Dies gab Anlass, den Prüfstein selbst einer Prüfung zu unterziehen. Er hat sich dabei anders dargestellt, als er bisher erschienen ist. Ist es der vorgetragenen Ansicht beschieden, sich Freunde zu erwerben, so werden diese finden, dass die Ansicht insofern zu spät kommt, als durch sie mehrere

[illegible] ausgeschlossen, nicht nur gelöst werden, welche in der Literatur des römischen Civilprocesses ihren Platz kaum eingenommen haben. Wer in Abrede zieht, was seit Langem von den Besten ausgesprochen worden ist, muss seinen Widerspruch mit einer ausführlichen Begründung versehen. Auch durch diese Forderung schien eine gesonderte Behandlung angezeigt. Dass bezüglich der Ausführlichkeit der Begründung noch mehr geschehen könnte, wird von mir nicht verkannt — ist doch ein Theil der Differenzen zwischen den kritischen Leser und dem Verfasser der Verschiedenheit ihrer Meinungen über den Grad des Beweises oder der Erläuterungsbedürftigkeit dieses oder jenes Punktes zuzuschreiben. Dass in Absicht auf die Ausführlichkeit der Begründung zu viel geschehen scheine, brauche ich nicht zu fürchten; von selbst wird der geneigte Leser bemerken, dass der zu entscheidenden Frage eine verhältnissmässig nicht geringe Bedeutung zukommt. Gilt hier gleich wörtlich: res sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae, so wird doch darum nicht mit Cicero (pro Murena, c. 11) gefragt werden: dignitas in tam tenui scientia quae potest esse?

München, im April 1876.

Der Verfasser.

S. 16 Z. 14 v. u. steht an statt am.
„ 19 „ 2 „ „ „ braucht statt beruht.
„ 40 „ 12 „ „ „ das statt dass.
„ 79 „ 2 v. o. „ Klagen statt klagen.
„ 88 „ 2 „ „ „ waren statt war.
„ 117 „ 12 „ „ „ perendino statt comperendino.
„ 140 „ 13 „ „ „ Juv. statt Inv.

§ 1.

Die deutschen Schriftsteller über den römischen Civilprocess kommen darin überein, dass in der sogenannten legis actio sacramento in rem die mündliche Vertheidigung des Beklagten wider den ersten Angriff des Klägers eine positive Rechtsbehauptung enthalten habe, dass insbesondere der klägerischen Behauptung ihm zustehenden Eigenthums gegenüber die Erwiderung des Beklagten nicht Verneinung jener, sondern Behauptung ihm zustehenden Eigenthums gewesen sei. Diese allgemein getheilte und anscheinend nie bezweifelte Meinung geht weiter dahin, dass die angeführte Vertheidigungsart, juristisch betrachtet, nicht eine nur mögliche, sondern die nothwendige, factisch ausgedrückt, nicht nur die gewöhnliche, sondern die ordnungsmässige gewesen sei. Die gemeinte Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung des Beklagten wird von mehreren Gelehrten näher dahin bestimmt, dass die Unterlassung solcher Behauptung den Verlust des Processes für den Beklagten zur Folge gehabt habe, dass nämlich in diesem Falle die vom Kläger in Anspruch genommene Sache vom Magistrat dem Kläger addicirt worden sei.

Danach konnte es nach der zu einem gemeinsamen Dogma erstarkten Meinung nicht genügen, dass der Beklagte die Eigenthumsbehauptung des Klägers verneinte, und die sacramenti actio in rem unterschied sich von der in personam auch dadurch, dass bei jener auch dem Beklagten ein Recht, und insbesondere Eigenthumsrecht zu behaupten oblag. Wohl die Erkenntniss,

dass diese Thatsache nicht ohne Weiteres verständlich, oder ansprechend sei, weil sie mit den mitgebrachten, oder den aus dem späteren römischen Recht entnommenen Vorstellungen von einem Eigenthumsprocesse nicht übereinstimme, hat mehrere Schriftsteller bewogen, der Mittheilung der Thatsache und ihrer Beweise eine Erklärung derselben hinzuzufügen. Wirklich, so dünkt mich, erzeugt diese Thatsache einige grosse Schwierigkeiten, welche ohne dieselbe nicht vorhanden sind, und welche auch durch keine der geäusserten Erklärungen beseitigt werden. Ebenso ruft diese Thatsache einige unumgängliche Bedenken wach, welche ohne dieselbe sich nicht erheben, und welche auch durch keine jener Erklärungen beseitigt werden. Aus diesen Gründen kann das Unternehmen die Wahrheit der Thatsache zu prüfen, auf ihre äussere Beglaubigung, wie auf ihre innere Bedeutung nicht von Vornherein verwerflich sein. An der Möglichkeit eines anderen und genehmeren Ergebnisses kann man im Voraus zweifeln, nicht verzweifeln; ein solches aber muss Allen, vor Allen dem römischen Rechte selbst zu Gute kommen. Denn wenn die bewunderte Harmonie dieser Schöpfung durch die Annahme der Nothwendigkeit der besagten Vertheidigungsart beeinträchtigt wird, so muss die Einsicht, dass wir zu dieser Annahme nicht gezwungen sind, die Herstellung der Harmonie zur Folge haben.

Die Prüfung wird sich auf das Verfahren bei der Eigenthumsklage beschränken. Nur über dieses stehen uns leidlich ergiebige Zeugnisse zu Gebote. Insonderheit ist eines, das Belehrung bezweckt, Gaius' Bericht, hier dadurch unschätzbar, dass es uns die Formeln der Legisactio selbst und in ihrer Anwendung überliefert, und da diese Formeln begreiflich und nachweislich bei Weitem älter sind, als der ergänzende und erläuternde

Bericht des classischen Juristen, so stehen wir vor der Möglichkeit, die in anderen Fragen von Rechtshistorikern erfolgreich verwerthet worden ist, das Alte wie es in den Formeln zur Erscheinung kommt, unmittelbar und nicht nur mit den Augen des römischen Juristen, als Historikers, anzuschauen und zu beurtheilen.

Auf das Verfahren der jura in re betreffenden actiones wird sich die Darstellung nicht erstrecken, da es für dieses an jedem Zeugniss fehlt. Die Vermuthung, welcher somit ein weites Feld eröffnet ist, hat sich doch wesentlich auf einen kleinen Raum beschränkt; hier aber tritt sie im Gewande der Apodicticität auf, um die juristisch-literarische Erfahrung zu bestätigen, dass die Hypothese durch ihre Wiederholung nicht sowohl an Wahrscheinlichkeit zunimmt, als den Schein der Wahrheit annimmt. Die Behauptung z. B. dass die Vertheidigung wider die confessoria die negatoria actio gewesen sei, ist nicht dem Zweifel enthoben. Wären wir selbst im Besitz der Formeln *ajo mihi jus esse eundi per fundum Cornelianum* für den Kläger, und *nego tibi jus esse* für den Beklagten, so würde immer die Annahme möglich sein, dass der Beklagte hier des Klägers Prädialservitut in dem Sinn verneint, dass er des Klägers Eigenthumsrecht am angeblich herrschenden Grundstück in Abrede stellt, also dass er in seiner Formel nicht Eigenthum, noch gar freies Eigenthum für seine Person behauptet haben will. Dass Eigenthumsrecht Voraussetzung jener confessoria ist, wird in 2 § 1 D 8,5 ausgesprochen und in 1 p D 7,6 (cf. 6 § 5 D 19,1) angewandt, während 16 D 8,1 (cf. 1 § 9 D 43,18) 3 § 3. 9 D 39,1 und 1 § 4 D 43,25. 2 D 39,1 theils einen neueren Zustand, da es z. B. eine utilis legis actio nicht gibt, theils, wie die letzten Stellen, eine Sondermeinung Julians darthun. vgl. Windscheid Pandekten-

recht § 217 N. 6. — Ebenso würde auf eine Formel der negatoria: *Nego tibi jus esse eundi per fundum Cornelianum invito me* die Erwiderung des Beklagten auch blos den Sinn haben können, dass dieser dem Kläger das Einspruchs- oder Versagungsrecht durch Verneinung des Eigenthumsrechts bestreitet, was auch mit einer Formel wie *ajo mihi . . . invito te* ausgedrückt sein würde.

Insofern jedoch die Sätze, welche über die Geltendmachung von jura in re im Legisactionenprocess aufgestellt werden, an das Verfahren der Eigenthumsklage angeknüpft sind, kann die auf dieses beschränkte Prüfung auch für jene von Bedeutung sein.

§ 2.

Die Schwierigkeiten und Bedenken, welche sich aus der Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung seitens des Beklagten ergeben, sind vornehmlich folgende. Diese Nothwendigkeit vorausgesetzt, kann erstens ein Process wider den, welcher alieno nomine besitzt, kaum angenommen werden, wie er im Formularverfahren ohne Zweifel statthaft ist. s. ferner u. § 6. Man wird einem solchen Besitzer schwerlich zugemuthet haben sich wider besseres Wissen Eigenthum zuzusprechen; ebensowenig kann er haben sagen dürfen *hanc rem e. j. Q. Gaii esse ajo,* und doch kann er im Falle sein zu glauben, dass er des Klägers Eigenthumsanmassung mit Fug bestreiten könne. Andererseits ist er aber auch den, in dessen Namen er besitzt zur Stelle zu schaffen nicht immer im Stande. Danach ist dem Eigenthümer die Verfolgung seines Eigenthums unerträglich erschwert, oder aber der Detentor ist zur Lüge gezwungen, wenn er das Interesse des Vertretenen wahren will, oder endlich die Sache wird ohne

Weiteres dem angeblichen Eigenthümer zugesprochen.

Zum Zweiten ist unter der obigen Voraussetzung die auctoritas oder die Erfüllung der auctoritatis obligatio (Paul. II 17,1 u. 3) unmöglich. — Die auctoritas, das Auctorsein — wovon hier nur beiläufig die Rede sein kann — ist die processualische Vertretung dessen dem mancipirt worden ist, durch denjenigen, welcher mancipirt hat, im Fall der Eviction, und zwar Vertretung in dem Sinne, dass der Letztere statt des Ersteren den Process führt. Dieses ist in der Legisactio nicht alieno nomine möglich; unter der obigen Voraussetzung ist dies aber auch nicht suo nomine möglich, da z. B. der Verkäufer nicht sagen kann *hanc rem meam esse ajo*, was Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II S. 131 al. 1. übersieht. Die angedeuteten Begriffe von auctor und auctoritas gehören ursprünglich dem Legisactionenverfahren an: es kann hier unerörtert bleiben, inwiefern dies auch durch das Vorkommen des letzteren Ausdrucks in den Zwölftafeln bezeugt wird, womit sich näher Mommsens Commentatio de auctoritate beschäftigt. In dieser ist die Verbindlichkeit des auctor als solchen darauf beschränkt, dass er sich zum praes litis et vindiciarum mache (p. 13). Huschke nimmt neuerdings an (die Multa und das Sacramentum S. 431), dass in der Bejahung des *Postulo anne fuas auctor* durch den Verkäufer ein genehmigender Beitritt zu dem *vindicare suum e. j. Q.* und dem *jus peregi sicut vindictam inposui* lag, worauf derselbe „mit der weiteren Formel *Quando injuria auctor factus* es zur Leistung eines sacramentum neben dem Hauptbeklagten provociert wurde, während der Kläger beiden gegenüber immer nur das eine sacramentum schwor." Vgl. statt Anderer auch noch Karlowa, Beiträge z. Gesch. d. röm. Civ.-Proc. S. 19 und Der Civ.-Proc. z. Z. d. Legisactionen S. 75, der aber von Huschke

a. a. O. darin abweicht, dass er die actio in auctorem praesentem vom Kläger und nicht vom Beklagten des Evictionsprocesses ausgehen lässt; dies ist schon darum unrichtig, weil es dem Kläger an jedem Rechtsgrund fehlt, aus dem ihm eine actio wider den, der mancipirt hat, zustehen könnte, wie solchen dagegen der Beklagte an der Mancipation hat. Nicht übel hat Cujacius beim *Postulo* des *postulabat* in 75 D 3,3 gedacht. (Recitt. soll. in lib. 75 Pauli ad ed.) Der auctor praesens steht im Gegensatz zum defugiens d. i. dem, der auctoritatem defugit d. h. nicht geleistet hat (s. die Stellen bei Huschke, Nexum N. 281 und vgl. *illo absente auctore laudato* bei Cic. Flac. 37). Was die Neueren mit dem modernen Ausdruck *actio auctoritatis* bezeichnen ist die Klage gegen den Letzteren. Andererseits würde Karlowa das Ergebniss Huschkes, dass ein Sacrament zweien gegenübertritt, mit Recht nicht billigen, so wenig als die unbegreifliche Formel *Quando injuria auctor factus es*; denn wenn der Verkäufer seine Verbindlichkeit erfüllend auctor geworden ist, so ist er damit jure auctor geworden, einerlei, ob er seiner Zeit Eigenthum übertragen hat, oder nicht. Die genannten und andere Schriftsteller werden der auctoritas insofern nicht gerecht, als sie einmal dieselbe für etwas Accessorisches halten, und als sie ferner, auch wenn ein auctor eintritt, die Möglichkeit offen lassen, dass der beklagte Käufer den Evictionsprocess verliert, wofür er erst hinterher entschädigt werden soll. Dies ist aber nicht die Ansicht des römischen Rechts, worauf hier nur in Kürze hingewiesen werden kann. Es heisst bei Cic. Mur. 2: Quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum judicii praestare debet, qui se nexu obligavit: profecto etiam rectius in judicio consulis designati is potissimum consul qui con-

sulem declaravit, auctor beneficii populi Romani defensorque periculi esse debebit. Unter dem *periculum praestare* das der Mancipant schuldig ist, lässt sich Zweierlei denken: er muss den Schaden, den der Process dem Käufer gebracht hat, ersetzen, d. i. für den eingetretenen Schaden aufkommen; oder aber er muss hindern, dass der Process dem Käufer Schaden bringe d. i. gegen den Eintritt des Schadens auftreten. Die erstere Vorstellung liegt fast allen Verbindungen mit *periculum* zu Grunde und ist insbesondere regelmässig mit *periculum praestare* verknüpft. Die nachtheilige Wirkung des zufälligen Umstandes kann auf einen Anderen übergeleitet, nicht auf einen Anderen abgelenkt werden. Wohl aber ist Letzteres möglich bei einem Processe: ein Anderer kann ihn übernehmen und die nachtheilige Wirkung auf sich nehmen, als der, welcher ohne jene Uebernahme von der nachtheiligen Wirkung betroffen werden würde. Es ist also nicht nöthig, dass evictionis periculum ad eum *revertatur* (2 i. f. C 7,17 cf. 18 i. f. C 8,45. 63 § 2 D 21,2. 15 D 4,4. 11 § 2 D 50,8), es kann ihn in erster Linie treffen. Diese Art der praestatio periculi schuldet unser Mancipant. Er muss periculum praestare nicht iis rebus *repetitis*, sondern *in* iis rebus *repetendis*. Damit stimmt überein, dass die Schuldigkeit, welche profecto etiam rectius dem consul qui consulem declaravit obliegt, zu erfüllen ist *in judicio* consulis declarati, und dass Jener *defensor* periculi sein muss, denn eigentlich abwehren lässt sich nicht ein periculum, das schon eingetreten ist. Unter *beneficium p. R.* ist eine vom römischen Volke verliehene Auszeichnung, Beförderung, hier das Consulat zu verstehen. vgl. Mur. 1. *Auctor beneficii* ist also nicht der Urheber des Beneficiums, denn dieser ist das römische Volk. Wenn der consul qui consulem declaravit sein muss in judicio *defensor*

periculi und sein muss in judicio *auctor beneficii p. R.* (vgl. die Verbindung von *defensor* und *auctor* in Cic. Flac. 1): dann ist unter *auctor* gerade derjenige zu verstehen, der im judicium das Angegriffene, oder den Angegriffenen vertritt, auf dass diesen das periculum nicht treffe. Damit nun der auctor das periculum judicii praestare könne, muss er bereits in jure, in der legis actio für den Käufer eingetreten sein. Ferner muss dieses Eintreten derart sein, dass nicht gegenüber dem Käufer und nicht von Seiten des Käufers sacramento provocatio Statt findet. Nur mit dem Aufkommen für die in der Person des Käufers verfallene Sacramentssumme, mag dieselbe auch im Voraus z. B. durch Deposition sicher gestellt worden sein, gerirt sich der Verkäufer nicht als auctor, wie aus der gleich folgenden Stelle ersichtlich ist. Da nun die sacramenti actio beiderseitiges sacramentum erfordert, so kommt die Bestellung, zu welcher die provocatio zum Wenigsten gehört, einerseits dem Kläger, andererseits dem auctor zu. Da aber die provocatio sacramento mit *quando tu injuria vindicavisti* eingeleitet wird, so muss der auctor vindicirt haben, und da ein zweifaches Vindiciren zweier Personen gegenüber dem einfachen des Klägers sinnlos ist, so kann nur der auctor allein vindicirt haben. Ferner ist nach dem Gesagten anzunehmen, dass wenn für den Beklagten der Verkäufer als auctor auftrat, die Vindicien diesem ertheilt wurden, da nur so die völlige praestatio periculi für den Käufer gesichert war. Abgesehen davon ist diese Berücksichtigung des Umstandes, dass für den Beklagten sich ein Dritter in die Bresche gestellt hat, aus einem menschlichen Grunde sehr nahe liegend. vgl. Ihering, Geist d. röm. Rechts III (2. A.) S. 102. 103. Die angegebene Bedeutung der auctoritas geht ferner hervor aus Cic.

Lucull. 25, 79: Igitur semper auctorem habes et eum qui magno suo periculo causam agat. Gemäss dem Vorigen muss behauptet werden, dass die nähere Bestimmung dieses *auctor* nicht in dem *suo periculo causam agere* beruht, sondern dass ihm Solches wesentlich ist, und die nähere Bestimmung durch *magno*, durch die Grösse des periculum gegeben wird. *Suo periculo causam agere* kann nun nicht von Demjenigen gesagt werden, der im Processe nur nebenbei thätig ist, an einer Parteirolle nur participirt. Ich erinnere nur noch an Plaut. Poen. 1, 1, 18, wo der Sklave Milphio sich bei seinem Herrn Agorastocles über von ihm empfangene Schläge beklagt. Dieser bittet um Vergebung für das, was er aus Liebe gethan habe. Nun möchte der Sklave den Stiel umkehren, seinen Herrn schlagen und dann auch verziehen sehen (somit selber schadlos bleiben) was aus Liebe geschehen sei. Darauf Ag.: Si tibi lubido est aut voluptati, sino, Suspende, vinci, verbera, auctor sum, sino. Das heisst: ich vertrete dich bei mir selber, wenn ich dich nachher zur Verantwortung ziehen sollte. vgl. v. 19. Diese Zusage hat nur Sinn, wenn die Vertretung vor Nachtheil bewahren soll; die Schläge, die dem Sklaven sein Unterfangen eintrüge, könnte ihm Niemand wieder abnehmen, und dass der Witz nicht in solcher Unzulänglichkeit der auctoritas liegt, geht aus dem Dasein der folgenden Antwort des Milphio hervor. Man vergleiche statt anderer noch Merc. 2, 2, 41. Stich. 4, 2, 23. Trin. 1, 2, 70 und bedenke den befriedigenderen Sinn, den die oft genannten Stellen, Curc. 4, 2, 12 und Persa 4, 3, 55. 4, 4, 113 erhalten, wenn man wie geschehen muss, annimmt, dass der auctor als solcher den verklagten Besitzer im Processe vollständig vertritt und vor dem periculum judicii bewahrt. Diese auctoritas nun findet, wie gesagt, ein

Hinderniss an der Nothwendigkeit der klägerischen Eigenthumsbehauptung mit einer Eigenthumsbehauptung entgegenzutreten.

Unter Voraussetzung dieser Nothwendigkeit kann drittens wider einen filiusfamilias, der als solcher *nihil suum habere potest* (Ga. II 87), von dem als solchen gilt, dass *nihil suum esse possit* (II 96), die sacramenti actio in rem nicht angestellt werden; der formula petitoria ist er ausgesetzt.

Unter derselben Voraussetzung ergibt sich Folgendes. Die lucrativa hereditatis usucapio gehört allem Anschein nach recht eigentlich in die Zeit der Legisactionen, arg. *olim* Ga. II 54 cf. IV 32,82,94,108. I 3,122,157,184 u. a. Da nun der Besitzer Denjenigen, der die hereditatis petitio gegen ihn anstellt, nicht für den Erben zu halten braucht, wenn er aber vor Abschluss des einjährigen Besitzes verklagt wird, sich selbst nicht wohl für den Eigenthümer halten kann (arg. *qui sciat alienam rem se possidere* Ga. II 52): so ist ihm schwerlich zuzumuthen, auch wider besseres Wissen ***hereditatem meam esse*** zu behaupten. That man dies nun nicht, dann ist anzunehmen, dass er den Besitz verlor, also auch an einen Lügner verlor, wenn er selbst nicht lügen wollte, oder aber dass der wahre Erbe die sacramenti actio in rem nicht anstellen konnte, also auch — von gewaltsamen Massregeln abgesehen — zuschauen musste, wie die usucapio vollendet wurde. Diesem Fall der usucapio hereditatis steht die usucapio überhaupt gleich, sobald den Besitzer mala fides ergriffen hat.

Fünftens: wenn sich der Besitzer Eigenthum zur Hälfte zuschreibt, und es tritt ein Anderer, dessen Miteigenthum er nicht anerkennt, mit den Worten gegen ihn auf: ***hunc ego hominem e. j. Q. pro parte dimidia***

meum esse ajo, dann nützt es Jenem nicht, mit den selben Worten zu entgegnen, weil er damit nicht bestreitet, und aber blos *ex j. Q. meum esse* kann er nur wider besseres Wissen behaupten. Wenn Huschke, Multa 494 N. 395 sagt „die Sacramentsklage in rem war selbst bei einer certa pars pro indiviso unmöglich", so ist mir nicht klar, wie so dies begründet wird durch den Satz „weil eine solche ohne Consens nicht in jus gebracht werden konnte".

§ 3.

Es mag bei den angeführten Fällen bewenden. Man sieht, dass sie nicht zu den extremen und nicht zu den *minima* gehören, dass sie sich vielmehr tagtäglich ereignen konnten. Wenn wir auch der Ansicht Stintzings „über das Verhältniss der LA. sacr. zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis" folgend die letztere schon für die Legisactionenzeit annehmen und sie als Mittel zur Beseitigung der erwähnten Bedenken in Anspruch nehmen, bleibt noch der Zweifel, ob das Verfahren durch sponsio praejudicialis schon von jeher neben dem der Legisactio bestanden hat, was die Klagbarkeit der sponsio schon für die älteste Zeit voraussetzt. Und wenn wir auch diese, von Stintzing nicht erörterte Voraussetzung machen, so bereitet doch die Unerzwingbarkeit der sponsio ein weiteres Hinderniss. vgl. über diese a. a O. S. 73/4. Auch müsste bei solchem Ausweg davon abgesehen werden, dass dann eine grosse Zahl von in rem actiones dem ordentlichen Sacramentsverfahren entzogen gewesen wäre, was schlecht zu Gaius' allgemeiner Darstellung passt.

Aber lassen wir einmal alles Individuelle bei Seite, das die angeführten Fälle noch zu haben scheinen könnten,

und gedenken nur des Schulbeispiels des Verfahrens bei der in rem actio, das Ga. IV 16 (*si in rem agebatur*) im Auge hat: ist es nicht wider alle zu erwartende Ordnung, dass der Verklagte, welcher der passive Theil ist, insofern nicht er die Initiative zum Rechtsstreit ergreift, insofern er in jus gerufen, und auch wider seinen Willen dahin gebracht wird, dort bleiben und wiederkommen muss, insofern die Streitsache auch wider seinen Willen dahin geschafft werden kann (vgl. Huschke, Multa 427, N. 201), dass der Verklagte bei der ersten gerichtlichen Begegnung mit dem Kläger nicht blos abwehren darf, sondern ebenso sprechen muss, als ob er selbst der Kläger wäre, soll er nicht der Streitsache verlustig gehen. Wenn ein Anderer die Stirn hat zu sagen, die Sache, die ich bisher besass, sei sein, soll ich sie verlieren, weil ich mir nicht getraue zu sagen, sie sei mein; wenn ein Anderer sagt, er habe Eigenthum an dieser Sache, und ich erwidere: nein, es ist nicht wahr, dann soll der Staat meinen Widerspruch für Nichts achten und erklären können, der Andere soll Eigenthümer sein. Das römische Recht, lehrt man und mit Fug, ist conservativ (vgl. z. B. Bethmann-Hollweg, D. röm. Civ. Pr. § 30 N. 27 „Constanz der römischen Grundsätze"), das Spätere knüpft an das Frühere an, es gleicht ihm wie der Sohn dem Vater, und darum vorzüglich werden wir auf das Studium seiner Geschichte verwiesen. Die Nothwendigkeit sich Eigenthum zuzuschreiben für den Beklagten der actio in rem besteht nicht ausserhalb des Legisactionenprocesses. Sie ist schon vom Standpunct des Sponsions- und Formularverfahrens eine Anomalie und ohne alle Fortsetzung (1 C. Th. 11, 39 bietet keine), eine Anomalie demnach, deren Kenntniss wir mit dem jus Faunorum et Aboriginum sehr wohl entbehren könnten. Bekker, die Aktionen

I S. 208 spricht in der Note die „beiden Gedanken aus, dass die Römer selten auf etwas ganz ungehöriges verfallen sind, und ihre Rechtsentwicklung meist auf geradem Wege vorgegangen ist“, erörtert aber im Text die Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung für den Beklagten und bemerkt S. 212, dass die formula petitoria sich nicht an den Sponsionsprocess, sondern „vielmehr an die ältere Legisaction selber anschliesst, ohne das Bedürfniss einer Brücke hervortreten zu lassen“. Die allgemein angenommene Gestalt des ältesten Verfahrens der actio in rem bleibt für das römische Recht auch dann eine Anomalie, wenn sich Analoga in anderen Rechten zeigen lassen; in dem von Ihering in Bezug genommenen alt-englischen kann ich ein solches nicht sehen, da die den Geschwornen vorgelegte Frage, *utrum A vel B majus jus habeat in terra illa,* auch dann möglich scheint, wenn der Beklagte des Klägers Eigenthumsbehauptung nur verneint hat.

§ 4.

Wodurch wird nun jene Anomalie bezeugt? Im Allgemeinen ist unläugbar, dass ipsissima verba des Verklagten, mit denen er sich selber Eigenthum zuspricht, nicht überliefert sind (vgl. § 7 sub 2 u. 3); ebenso fehlt es an einem Ausspruche, welcher die Nothwendigkeit solcher Vertheidigung überhaupt (vgl. § 16), oder insbesondere den Verlust der Sache im Fall der Rechtsverneinung berichtet.

Im Einzelnen ist unstatthaft zunächst die Berufung auf Plaut. Rud. 4, 3, 86: Trachalio *„hunc meum esse dico“*. Gripus *„Et ego item esse ajo meum“*. „Plautus macht als Dichter auf juristische Genauigkeit keinen Anspruch“, sagt B.-Hollweg, a. a. O. I S. 34. Sie sei ihm

für alle Mal zugestanden. Ein Vorkommen beweist aber nicht ein Gesetz. Ein Widersprechen wie es hier vorkommt, ist lebhafter, passt in's Leben und in die Comödie, kann gewisslich auch im Process vorkommen, muss aber darum nicht im Process vorkommen. Die Streitenden sind Sklaven und der Streit spielt nicht in jure. Als Rechtsstreit und in jure gedacht, wäre Gripus Verklagter, er besitzt den vidulus, will sich mit dem Fang davon machen, Trachalio erhebt Anspruch darauf, wäre Kläger; gleichwohl ist er der erst zu Zweit Sprechende, der Widersprechende (vgl. § 7 sub 2). Trachalio hält nicht sich für den Eigenthümer, sondern einen anderen (v. 24, 30, 82; 4, 4, 22, 47, 50); 4, 3, 37 behauptet er Miteigenthum, 78 verlangt er, dass ihm *pars datur* cf. 4, 4, 79. Obwohl er 4, 4, 22 den vidulus für des leno Labrax erklärt, sagt ihm doch Gripus (27) *si in mari rete ego prehendi, qui tuum potiust quam meum?* Dies Alles, die Lüge des Trachalio (33. 34) *Equidem ego neque partem posco mihi istinc de istoc vidulo, Neque meum esse hodie unquam dixi,* wie dass Gripus selbst die Beute nicht für sein, sondern seines Herrn hält (4, 3, 100) zeigt zur Genüge, dass wir in jenem Sklavendisput nicht zuverlässig ein Bild des Eigenthumsprocesses erkennen können. Thun wir es aber doch, so liefern immer jene Verse kein Zeugniss für die Nothwendigkeit, die wir zu prüfen im Begriffe sind.

§ 5.

Unstatthaft ist ferner die Berufung auf Cic. Mur. 12. B.-Hollweg a. a. O. S. 100 findet den Spott ziemlich frivol; mir scheint er dies so wenig wie der, mit welchem heutzutage manchmal des Processes am Reichskammer-

gericht gedacht wird. Ueberdies ist Cicero selten witziger, als in jenem Capitel, und ohne den Spott wären wir um eine reiche Quelle ärmer. Cicero schlägt als Verfahren für den Eigenthumsstreit vor: *Fundus Sabinus meus est: immo meus: deinde judicium.* Was er vorschlägt, ist nicht in Geltung, sonst er es nicht vorschlagen würde. Was er vorschlägt, kann ganz, kann auch zum Theil nicht in Geltung sein. Mit Kenntniss des Geltenden können wir bestimmen, ob Was er vorschlägt ganz, oder aber zum Theil und zu welchem Theil nicht in Geltung ist. Ohne Kenntniss des Geltenden können wir dies nicht bestimmen. Ueberliefertermassen hat der Kläger auch gesagt *Fundus S. meus est,* überliefertermassen hat er aber auch noch mehr gesagt. Dass der Verklagte auch gesagt hat *Immo meus*, ist nicht überliefert. Demnach wissen wir nicht, ob Cicero dem Verklagten andere Worte, oder weniger Worte in den Mund gelegt hat, als im geltenden Verfahren vorkamen; voreingenommen ist also Stintzing a. a. O. S. 20 „das Wesentliche der LA. . . .“ Unterstellen wir selbst den Fall, dass er die Wortzahl der Beklagtenrolle verringert hat, dann sind wir noch im Dunkeln darüber, ob das *meus* so nothwendig war, dass, Wer in anderer Weise widersprach, darum unterliegen musste. Also kann Cicero's Vorschlag uns nicht über das Geltende belehren. Wie so er nun zu diesem Vorschlag gekommen, dass dieser nicht vom Juristen, sondern vom Rhetor in ihm dictirt ist, der mit *immo meus* eine kunstgerechte Depulsio gab, scheint mir deutlich aus de Inv. Rhet. II 21 hervorzugehen. — Aus dem weiteren Bericht in Mur. 12 könnte man noch ein anderes Argument entnehmen wollen. Die Worte *Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum e. j. Q. meum esse ajo. Inde ibi ego te ex jure manum consertum voco*

und *Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* haben durch Karlowa (Beitr. 8 u. 9 vgl. LA. 79 u. s. auch Huschke, Zeitschr. f. RG. 7, 185.) eine höchst plausible Deutung erhalten. Er versteht *unde* und *inde* nicht local, sondern causal, und nimmt ferner *revocare* nicht örtlich, sondern im Sinn von *vicissim vocare*, wieder, auch seinerseits rufen. Der Kläger sagt danach: ich behaupte Eigenthum, aus diesem Grunde *voco*. Der Beklagte erwidert: Aus welchem Grunde *vocasti*, aus dem Grunde *revoco*. Dazu passt nur nicht die Deutung, die Karlowa dem zweiten *inde* gibt: „weil auch ich Eigenthümer des von dir bezeichneten Fundus zu sein behaupte"; in der Sache ebenso Huschke a. a. O. S. 187. Wenn der Beklagte von eben daher (causal) revocat, von woher (causal) der Kläger vocavit, so muss er es thun, weil der Kläger Eigenthümer zu sein behauptet hat, denn *daher* hat der Kläger gerufen, während der Beklagte nicht Eigenthum behauptet hat, somit nicht *daher* revocare kann. Dass der Beklagte den Kläger ex jure manum consertum revocat, weil der Kläger Eigenthum an Sabinianus behauptet hat, hat den guten Sinn, dass er (der Beklagte) diese Behauptung bestreitet; des Klägers Behauptung ist ihm Grund sich auf das manum conserere einzulassen, damit aber gibt er die Behauptung nicht zu, sondern verneint sie. s. auch § 14. Wenn die Römer dem *inde . . . revoco* des Beklagten hätten den Sinn geben wollen, in dem Karlowa es nimmt, dann hätten sie, die in den Formeln der Legisactio alle Zweideutigkeit ausschliessen — man denke an die Peinlichkeit im Gebrauch der persönlichen Fürwörter — den Beklagten die Worte des Klägers wiederholen und nur statt *voco · revoco* sagen lassen: dann wäre zweifellos das Causalverhältniss vorhanden, das Karlowa jetzt ausgedrückt glaubt. Für die

hier vertretene Deutung dagegen k o n n t e n, wenn *inde*.. *revoco* anzuwenden war, a n d e r e Worte n i c h t gewählt werden. Zudem sind *unde* und *inde* viel zu anschaulich, als dass damit auf die Grundgattung (Eigenthumsbehauptung in abstracto, auch eine zu denkende des Beklagten begreifend) und nicht auf den concreten Umstand, welcher das Motiv abgibt, gewiesen sein könnte. — Auch in diesem Theil spricht also Cicero nicht gegen die Möglichkeit der Rechtsverneinung seitens des Beklagten.

§ 6.

Puchta (Institutionen § 232 zu N. g.) hat die seitdem von Vielen gebilligte Vermuthung geäussert, dass die in 9 D 6,1 von Ulpian berichtete und verworfene Ansicht des Pegasus und einiger anderer Juristen, wonach die rei vindicatio nur gegen den Interdictenbesitzer angestellt werden könne, sich von der einstigen Nothwendigkeit herschreibe, dass der Beklagte im Sacramentsprocess auch seinerseits Eigenthum behaupte. Wenn anderweitig festgestellt ist, dass hier der Beklagte Eigenthum behaupten musste, dann kann vielleicht dieser Rechtszustand zur Erklärung jener Ansicht beitragen. Es kann aber daraus, dass (nach Einigen) nur der Interdictenbesitzer der rechte Beklagte im Eigenthumsprocesse ist, nicht geschlossen werden, dass der Beklagte Eigenthum behaupten musste. Denn die Ansicht, dass nur der Interdictenbesitzer der rechte Beklagte sei, ist auch möglich, wenn der Beklagte nicht Eigenthum behaupten muss. Pegasus und Genossen mochten meinen, dass Der nicht der rechte Beklagte im Eigenthumsstreit sein könne, der nicht einmal den Besitz streitig zu machen im Stande sei. Ausserdem wird nach Ansicht jener Juristen der

Interdictenbesitz von der rei vindicatio umspannt (*complecti*): es gibt aber Interdictenbesitzer, welche nicht Eigenthum behaupten können (vgl. z. B. o. § 2 z. E.); dies scheint auch Puchta in der electiv neben die angeführte gestellten Vermuthuug bemerkt zu haben. Ist, m. a. W., der Interdictenbesitz zureichende Voraussetzung der Belangbarkeit, dann sind nach Pegasus Personen belangbar, welche nicht Eigenthum behaupten können. Ferner wird der Zusammenhang zwischen der Beschränkung der rei vindicatio auf den Interdictenbesitz und der angeblichen Nothwendigheit der Eigenthumsbehauptung in der Legisactio dadurch gestört, dass die Meinung des Pegasus zu einer Zeit geäussert wird, da das Formularverfahren schon zwei Jahrhunderte in Uebung war. In diesem wie im älteren Sponsionsverfahren lag dem Beklagten nicht ob in jure eine positive Rechtsbehauptung aufzustellen. Wäre nun der Detentor nicht belangbar gewesen wegen der Processform, unter der Herrschaft der Legisactionen, so hätte seine Belangbarkeit schwerlich verneint werden können, sicherlich nicht verneint werden sollen, nachdem das Hinderniss der Form weggefallen war. Unterstellt man also auch, dass wider den Detentor die Eigenthumsklage als Legisactio nicht statthaft war, so bleibt doch der Zweifel lebendig, ob diese Unstatthaftigkeit von der fraglichen Processform herrührte. Bei solchen Erwägungen wird man die singuläre Ansicht lieber anders, denn so historisch, wie von Puchta geschehen, zu erklären suchen und dessen Hypothese zu denjenigen rechnen, welche mehr für den Scharfsinn und Weitblick ihres Urhebers, als für sich selber sprechen.

Im § 1 der zweiten seiner Commentationes juris Romani duae wirft H. Pernice mit Bezug auf 5 § 1 D 7,6 und 6 § 3 D 8,5 die Frage auf, wie so in der ersten die

ıng verspürt werde, dass die confessoria nur wider 'erkäufer zustehe, die andere aber lehre, dass bei n Servituten die Klage nur wider den Eigenthümer habe. Zur Beantwortung stellt er die Ansicht auf, ur Zeit der Legisactionen die confessoria und die ..g..oria actio nichts Anderes gewesen seien, nisi de dominio actiones exemplo ipsius rei vindicationis, und dass sie quasi ipsa rei vindicatio inter duos tantum dominos usuveniebant. Insofern diese Antwort mit der zu prüfenden Form des Eigenthumsprocesses argumentirt, begegnet sie der Schwierigkeit, dass das *adversus dominum competit* in 6 § 3 als geltend vorgetragen wird, als geltend zu einer Zeit, wo der Beklagte im Eigenthumsprocess nicht Eigenthum zu behaupten braucht. Dies spricht aber dagegen, dass der Rechtssatz mit der fraglichen Form des vergangenen Processes zusammenhängt. Das Gleiche gilt in Bezug auf 5 § 1, da die dort vorgebrachte Quaestio von Ulpian vorgebracht wird. Es ist nun aber a. a. O. die Ansicht aufgestellt, dass die Servitut — nach 5 § 9 D 39,1 und 86 D 50,16 die Prädialservitut — dereinst von den Römern nicht als jus proprium et per se constans, sondern als eine „Erweiterung des Grundeigenthums" (Brinz, Pandekten 1. A. S. 226 u.) beziehungsweise eine Schmälerung desselben aufgefasst worden sei. Aus dieser früheren Auffassung folgt, dass die confessoria zur Geltendmachung der Erweiterung des Grundeigenthums nur gegen Den statthaft ist, auf dessen Grundstück sich die Erweiterung erstreckt (den also die Schmälerung trifft), wie dass mit der negatoria der Mangel der Schmälerung des Grundeigenthums nur gegen den geltend zu machen ist, der die entsprechende Erweiterung des seinigen behaupten könnte. Diesemnach braucht die Ansicht der 6 § 3, sofern sie die ist, welche Pernice angibt (vgl. auch Brinz

a. a. O. S. 281), auf einer besonderen Auffassung des Servitutenrechts und auf der dadurch bestimmten passiven legitimatio ad causam, nicht aber auf einer früheren Form des Processes. Ebensowenig braucht man zur Erklärung der von Ulpian in 5 § 1 gestellten Quaestio auf ein antiquirtes Verfahren zurückzugehen, da sich die Frage bei Erörterung der actio des Usufructuars von selbst einstellt, ohne dass auch die Form des Processes in Betracht gezogen wird. — Sonach geben auch die genannten Stellen kein Zeugniss für unseren Gegenstand. —

Bei Ps. Ascon. in Verr. II 1 § 26 finden sich die Worte *cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent* . . . Erinnert man sich, dass dem sogenannten Asconius Autorität nicht zukommt (vgl. z. B. Savigny, Verm. Schriften I S. 309), so muss sie ihm zuerst (precario!) verliehen werden. Dann aber lauten die Worte so allgemein, dass aus ihnen für unsere Frage so gut wie Nichts zu entnehmen ist. Insofern auch der Beklagte im Eigenthumsprocess redet und wirkt, ist der Ausdruck *cum in rem aliquam agerent litigatores* nicht verwerflich und für den als möglich zuzugebenden Fall einer positiven Gegenbehauptung des Beklagten technisch nicht unpassend, wenn man *aliquam* übersieht.

§ 7.

1. Aus Gaius' Institutionen ist zunächst und im Vorübergehen zu erwähnen IV 48, Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat . . . (vgl. 4 J 4,15 und die gute Erläuterung des Theophilus), da diese Stelle von Ihering, Geist § 52

N. 114 bei unserer Frage angezogen wird. Diese Stelle bezieht sich weder ausschliesslich, noch vorzugsweise auf den Legisactionenprocess. Die *controversia ab utraque parte de proprietate alicujus rei* findet vor dem *petere* Statt, fraglich ist, ob sie auch nach Entscheidung darüber, *uter petere debeat* Statt findet. Die legis actio sacramento in rem ist petere von einer Seite, denn (vorläufig; Weiteres im § 19) Cic. Mur. 12 spricht von dem, *unde petebatur;* vgl. zu diesem Ausdruck Gell. XIV 2, 21 u. 26. Wenn also Gaius das Interdict gegeben werden lässt, wann ab utraque parte de proprietate controversia est und vorher zu entscheiden ist, uter petere debeat, so fragt sich, ob von der Legisactio, in der das petere eines Theils entschieden ist, gesagt werden kann *ab utraque parte de proprietate controversia est.* Also *ab utraque parte de proprietate controversia est* kann auch dann gesagt werden, wenn nur vor Beginn der Legisactio sich beide Theile Eigenthum zugesprochen haben; leicht begreiflich wird vornehmlich in diesem Fall der Besitz bestritten werden, daher er wo es sich um den Einführungszweck der interdd. ret. poss. handelt, herausgehoben ist. Es fragt sich aber noch, ob ein Inanspruchnehmen des Eigenthums von Seiten dessen, unde petitur, in der Legisactio mit Worten Statt findet, und ferner, ob dieses Inanspruchnehmen nothwendig ist. Für das petere im Formularprocess, für welches Ga. cit. auch gilt, ist dies entschieden nicht der Fall. Wenn es in 1 J 4,6 zur Erklärung der actiones in rem heisst: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat, so wird Niemand behaupten, dass solches dicere nothwendig sei, oder hier dafür erklärt sei.

2. Wir kommen zu der Hauptquelle, Ga. IV 16. Hier ist zuvörderst die Annahme unstatthaft, dass die

Worte *hunc ego hominem* bis *inposui* ausschliesslich dem Beklagten in den Mund gelegt seien, und Was in der Folge vom *adversarius* gesagt ist, vom Kläger gemeint sei. Mit jenen Worten fängt die Legisactio an, und Wer sie ausspricht ist auch Derjenige, welchem in der Folge die Weiterführung der Legisactio zukommt. Dies ist aber nicht der Beklagte, als welcher naturgemäss eine secundäre Rolle spielt. Es ist zudem nicht ganz erweislich, dass der Beklagte vor Beginn der Legisactio erfahren haben muss, was der Kläger von ihm will, also dass er seinerseits nicht auf's Gerathewohl mit einer Rechtsbehauptung hervortreten kann. Es ist weiter unglaublich, dass des Klägers Rolle, welche naturgemäss die primäre ist, vom Berichterstatter nebensächlich behandelt, nämlich nur indirect (durch Verweisung) und im Allgemeinen gekennzeichnet, die des Beklagten dagegen wörtlich mitgetheilt sei. Endlich ist aus Cic. Mur. 12 zu entnehmen, dass bei der in rem actio über einen fundus Derjenige unde petebatur d. i. der Beklagte, an zweiter Stelle spricht, und kein Grund erfindlich, dass es bei anderen Sachen anders gehalten werde.

3. Zum Andern ist die Annahme unstatthaft, dass die oben erwähnten Worte einschliesslich dem Beklagten in den Mund gelegt seien, überhaupt, dass Alles von *qui vindicabat* bis *festucam inponebat* sowohl vom Kläger als vom Beklagten ausgesagt sei. — Die legis actio sacramento ist mit dem *illi mittebant* nicht zu Ende, darauf weist schon der Name, da erst im weiteren Verlauf das sacramentum in's Spiel kommt. Aber ein Theil dieser Legisactio ist zu Ende, das vindicare, da es schon vor dem Befehl des Prätors heisst *cum uterque vindicasset*. Der Ausdruck *vindicatio sacramento* hätte als ohne das Wort und wider den Sinn der Quellen be-

stehend vermieden werden sollen z. B. von Demelius, Krit. Viert. Jahrsschrift 8, 503 u. 505.

Das vindicare wird sowohl vom Kläger als vom Beklagten vorgenommen, dies ergibt sich besonders aus den an den Beklagten gerichteten Worten *qua ex causa vindicaveris* und der Auszeichnung einer Partei mit *qui prior vindicabat* und *vindicaverat*. Demgemäss kann der bezeichnete Abschnitt *qui vindicabat* bis *festucam inponebat* sowohl auf den Kläger als auf den Beklagten bezogen werden, was eben verneint worden ist. Er kann dies aber nur für sich betrachtet, in Verbindung mit dem Folgenden betrachtet kann er es nicht; mit dem Folgenden: *adversarius eadem ... faciebat,* womit nur Einer der Streitenden gemeint sein kann. Wäre nämlich mit *qui vindicabat* bis *festucam inponebat* über die Thätigkeit beider Streitenden ausgesagt, dann würde nicht noch besonders über die Thätigkeit des Einen von beiden berichtet sein. Dawider kann nicht eingewandt werden, dass zwar *qui vindicabat* auf beide Streitenden geht, und aber zur Verdeutlichung noch einmal besonders über die Thätigkeit des Einen berichtet sei. Der Ausdruck *adversarius* kommt einer Relationsvorstellung zu, er bezeichnet einen Menschen in Beziehung zu einem anderen, insofern er einem anderen (sachlich, nicht örtlich) gegenüber steht, wie unser „Gegner" oder „Widersacher". Darum kann dieser Ausdruck nur Anwendung leiden, wo diese Beziehung gegeben ist. Soll nun *qui vindicabat* auf beide Parteien gehen, so muss, da es nicht heisst *qui vindicabant*, mit *qui vindicabat* bezeichnet sein „der Vindicant", wobei aus den zwei Personen, welche vindiciren, der Begriff „des Vindicanten" abgezogen d. i. abstrahirt ist. Die mit *adversarius* bezeichnete Person kann aber nicht gegenüber stehen dem Begriff des Vindicanten, so

wenig als den zwei Personen, die man sich bei *qui vindicabat* vorstellen könnte, da sie selbst eine von diesen ist. Es kann auch auf Deutsch nicht gesagt werden, „Wer vindicirte that das und das“ und alsbald “der Gegner that dasselbe“, zumal nach der Voraussetzung der Letztere mit „Wer vindicirte“ bereits bedacht wäre. Aus Diesem und Früherem (No. 1) d. h. erst aus dem Zusammenhang ergibt sich nun die Unrichtigkeit dieser Voraussetzung und als Subject der Aussage *qui vindicabat* bis *festucam inponebat* allein der Kläger. Dass nun Gaius den Kläger nicht als *petitor* einführt, wie er ihn IV 94 benennt (vgl. § 19) und wie ihn sich Cicero als Gegentheil des *ille, unde petebatur* denkt, geschieht darum, weil er ihn schildern will, als Menschen *qui vindicabat*. Um den modus in jure vindicandi anzugeben, fährt er nach *in jure vindicabantur ad hunc modum* fort *qui vindicabat festucam tenebat* u. s. w. und nicht *petitor festucam tenebat*. Hat er aber einmal (wie gezeigt), den K l ä g e r meinend gesagt *qui vindicabat* und denkt er sich die Thätigkeiten der Parteien so, dass er von beiden sagt *cum uterque vindicasset*, dann ist es nicht nur nicht anstössig, sondern fördert vielmehr die Anschaulichkeit der Beschreibung, wenn er sich die beiden folgenden Male, wo er ihn im Auge hat, mit *qui prior vindicaverat* auf den Kläger bezieht, als von dessen vindicare er zuerst erzählt hat. Dass, weil er ihn hier nicht anders bezeichnet, das Parteiverhältniss von Kläger und Beklagtem in unserer Legisactio nicht bestehe, ist darum ein allzu unsicherer Schluss, dessen Richtigkeit und Werth durch das sub 2 Gesagte und § 19 ff. zu Sagende bestimmt werden.

Hier haben wir es nur mit dem obigen Ergebniss zu thun, dass mit *qui vindicabat* allein der Kläger ge-

meint ist; dieses nämlich wie die Betrachtung des weiteren Berichts über die Legisactio liefern die sichere und bedeutsame Erkenntniss, dass Gaius' Bericht nicht ein zusammenfassender, sondern ein chronologischer ist, welcher die zeitlich auf einander folgenden Thätigkeiten auch nach einander zur Darstellung bringt. Mit dieser Thatsache ist die Lesart, welche Huschke, Multa S. 430 N. 207 statt der bisher angenommenen *qui prior vinda(verat ita alterum interroga)bat* vorschlägt, nämlich: *vindica(verat ita adversarium et rursus post is alterum interroga)bat* schlechthin unverträglich. Im Widerspruch mit der übrigen Schilderung des Gaius werden hier mit einem Satze zwei auf einander folgende Thätigkeiten zusammengefasst. Dies ist einer der Gründe, aus denen der Vorschlag zu verwerfen ist; andere s. § 24. — Folgt nun zwar das vindicare des Beklagten dem des Klägers nach *(prior)*, so dauert doch der durch das erste vindicare geschaffene factische Zustand so lange an, dass er mit dem durch das zweite geschaffenen eine Zeit lang gleichzeitig ist: denn der Befehl, ihn aufzuheben *(mittite ambo)*, ergeht an beide Parteien. Darum ist Gellius' Bericht (XX 10,7) *cum adversario simul manu prendere et in ea re solemnibus verbis vindicare* — welcher nicht ein chronologischer im obigen Sinne ist — nicht so zu verstehen, dass man eine Gleichzeitigkeit der Vornahme der beiderseitigen Handlungen erhält, da zudem Nichts weniger solenn ist, als Gleichzeitigkeit von Spruch und Widerspruch.

§ 8.

Die Unstatthaftigkeit der Vertheidigung durch Rechtsverneinung kann nicht daraus geschlossen werden, dass der Beklagte *vindicavit.* Zwei Mal kommt *vindicare* in

den Formeln unserer Legisactio vor, in den Sätzen *qua ex causa vindicaveris* und *quando tu injuria vindicavisti.* Es ist von entscheidender Wichtigkeit sich eines Bedeutungswechsels bewusst zu bleiben, der mit dem Ausdruck *vindicare* vorgegangen ist. O. Müller (im Rhein. Museum für Jurisprudenz 5, 190—7) hat als unzweifelhaft hingestellt und soweit möglich erwiesen, dass aus *vim dicere* (von der Wurzel δειϰ), Gewalt zeigen, das fast verlorene Zeitwort *vindicere* zusammengewachsen, von diesem *vindex* und hieraus *vindicare* gebildet sei, wonach diese Wörter als *conjugata* im Sinne von Cic. Top. 3 erscheinen. Diese Ableitung ist seitdem allgemein angenommen worden, vgl. insbesondere noch Schöll, XII tabb. p. 90 sqq. Nach ihr ist der ursprüngliche Sinn von *vindicare* „Gewalt zeigen", und ein Object im Accusativ unmöglich mit dem Worte dieses Sinnes zu verbinden. Die diesem Sinn entsprechende Construction *vindicere* und *vindicare in aliqua re* findet sich in den Zwölftafeln 3, 3 aus Gell. XX 1,45 *aut quis endo eo in jure vindicit* (wie Müller, Schöll, Bruns und Huschke lesen, während Puntschart, die Entwicklung d. grundgesetzl. Civ.-Rechts der Römer S. 321 N. 4 das *in* vor *jure* mit Grund anficht); bei Gell. XX, 10,7 *in ea re solemnibus verbis vindicare* und 9 *in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent;* bei Cic. d. Orat. 1, 10, 42 *ceterique in suo* (vgl. 3, 31, 124 und 8 § 5 D 8,5) *physici vindicarent,* wie gute und haud pauci codices (Orelli) lesen.

Als Gewalt zeigen ist *vindicare* auf den Angriff so wohl wie auf die Abwehr anwendbar. Gegen die Vergewaltigung von Seiten des leno Labrax ruft Trachalio um Hülfe mit den Worten: Ferte opem inopiae atque exemplum pessumum pessum date. *Vindicate,* ne inpiorum potior sit pollentia (cf. Cas. 4, 4, 3), Quam innocen-

tum . . . Plaut. Rud. 3, 2, 4 (cf. 3, 4, 69), beiläufig gesagt die einzige Stelle des Plautus, an der *vindicare* vorkommt. Für abwehrende Gewalt erscheint es ferner bei Festus: Vindex ab eo quod *vindicat*, quo minus is qui prensus est ab aliquo teneatur. Die Gewalt ist verflüchtigt, zurückgeblieben das Abwehren, Bewahren vor der nachtheiligen Einwirkung eines Umstandes in der Wendung *vindicare aliquem* oder *aliquid ab aliqua re* vgl. z. B. Cic. Rabir. perduell. 5 Nos a verberibus, ab unco, a crucis denique terrore, neque res gestae, neque acta aetas, neque nostri honores *vindicabunt?* Brut. 96 Sed illum videtur felicitas ipsius, qua semper est usus, ab eis miseriis, quae consecutae sunt, morte *vindicasse.* p. Sulla 9. Si me non modo rerum gestarum vacatio, sed neque honoris, neque aetatis excusatio *vindicat* a labore. ib. 20. Itaque se non modo ex suspicione tanti sceleris, verum etiam ex omni hominum sermone, non armis sed patrimonio suo *vindicavit.* de Fin. 1, 14 sapientiamque esse solam, quae nos a libidinum impetu et formidinum terrore *vindicet* . . . de Orat. 1, 45, 199. 2, 2, 7 u. a. Gewalt zeigen wider Uebelthäter und Uebelthat kann als Angriff oder als Abwehr gelten: in bello saepius *vindicatum* est *in* eos . . . heisst es bei Sall. Catil. 9, und hieran reiht sich, entfernter vom Stammsinn, *vindicare* mit dem Accusativ einer Sache für eine Sache mit Gewalt verfolgen als Strafen oder Rächen, so bei Cic. Rosc. 5 Petimus abs te, M. Fanni, a vobisque, judices, ut quam acerrime maleficia *vindicetis.* de Legg. 3, 3, 6 vincula sontium servanto, capitalia *vindicanto* . . . p. Quint. 7. Is eam rem quam vehementer *vindicandam* putarit . . Tac. An. 3, 12 u. a. insbesondere Ga. III 94 jure belli res *vindicatur* und 217 damnum injuria datum hac parte *vindicatur.*

In unserer Legisactio ist das *vindicare* nicht bloss ein „Gewalt sagen“ wie Gell. XX, 10, 10 *(vim illam . . . quae verbo diceretur, non quae manu fieret)* und Festus (s. v. vindiciae . . . *quod potius dicitur vi(s), qua(m) fit)* annehmen lassen. Sie wollen nämlich darthun, dass das Gewalt zeigen in der Legisactio nicht ein Gewalt üben in dem Sinne ist, dass Wer sie übt so viel wirkliche Gewalt entfaltet als ihm physisch möglich ist (*vis vera atque solida* Gell. XX, 10, 4 u. 10), dass es vielmehr eine s. g. symbolische Gewalt ist, ein Gewalt zeigen in effigie; den Zusammenhang von *dicere* und *δεικνύναι* nicht kennend werden sie durch die Herleitung von *dicere*, „zeigen mit Worten“ (Ihering, Geist § 11[c] N. 69) verleitet. Es fehlt beim *vindicare* der Legisactio nicht an der That; hier wie oft im römischen Formelwesen tritt „Wort und Werk“ (Brinz, Pand. 1. A. S. 1553) verbunden auf. Wofern nun, wie noch näher erörtert werden wird, *vindicare* in den Formeln der Legisactio die angegebene ursprüngliche Bedeutung hat, ist der zu Anfang dieses Paragraphen aufgestellte Satz erwiesen.

Der Angriff des Klägers, welcher anders denn die Vertheidigung des Beklagten, ausführlich mitgetheilt wird, besteht aus zwei Werken: *ipsam rem adprehendebat* und *homini festucam inponebat*, wogegen *festucam tenebat* nicht ein Werk wie die genannten, sondern die factische Voraussetzung des inponere ist; und aus den Worten *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo s. s. c. s. d. ecce tibi vindictam inposui.* Wo Wort und Werk im römischen Formelwesen verbunden vorkommen, bildet das Werk die mimische Action, das Wort den Text zu der Action, insbesondere ist danach erstens, wo das demonstrative *hic* vorkommt (wie hier *hunc*), das damit verbundene Werk ein Anfassen des wörtlich demonstrirten Gegenstandes

als Realdemonstration, daher dem *hunc ego hominem* und *hoc aere* bei der mancipatio ein Anfassen von homo und aes entspricht Ga. I, 119 u. 121 vgl. II 104, woraus vielleicht geschlossen werden darf, dass die Worte der mancipatio fundi nicht lauten mussten *hunc ego fundum* (s. aber auch Puntschart a. a. O. S. 338/9), so wenig als es *hanc familiam* . . . beim testamentum per aes et libram hiess; daher is cui in jure ceditur *rem tenens* ita dicit: *hunc* ego hominem Ga. II, 24; daher der Testator bei den Worten der nuncupatio das *in his tabulis* sprach *tabulas testamenti tenens;* daher verlangt Gripus in Plaut. Rud. 5, 2, 55 vom schwörenden Labrax, dass er ihn bei den Worten *huice Gripo* anfasse (huice Gripo inquito et me tangito); vgl. auch Macrob. Sat. III 9, 12 Cum Tellurem dicit, manibus terram tangit u. s. w. Durch diese Beispiele wird die Deutung von B.-Hollweg a. a. O. S. 130/1 widerlegt, welchem „das Ergreifen der Sache . . . ist wie bei der Mancipation nur ein Symbol, nehmlich der bildliche Ausdruck seines Willens, das Recht an der Sache und dessen Ausübung, den Besitz, für sich in Anspruch zu nehmen." — Wie nun das eine Werk *adprehendebat* mit dem Anfang *hunc* . . ., so ist zweitens das andere Werk *homini festucam inponebat* mit dem Schluss der Formel, mit *ecce tibi vindictam inposui* zu verbinden. Daran dass *inposui* Perfectum ist, Gaius aber sagt *simul inponebat*, darf man sich nicht stossen, zumal *inposui* bei Val. Probus ganz fehlt, oder man kann annehmen, dass es richtig *inpono* geheissen hat, wie *manum injicio, et simul aliquam partem corporis ejus prendebat*, Ga. IV 21. Hätte Gaius sich die Werke nicht also getrennt und zu verschiedenen Theilen der solennen Rede in Beziehung gedacht, so würde er wohl gesagt haben: deinde ipsam rem adprehendebat

velut hominem eique festucam inponebat et ita dicebat; in der überlieferten Darstellung ist jedes Werk mit denjenigen Worten äusserlich verbunden, welche ihm Erläuterung sind. vgl. auch Huschke, Zeitschr. f. R. Gesch. 7, 176, aber auch u. § 23.

Im alten, ursprünglichen Sinn von vindicare, Gewalt zeigen, ist Nichts von Rechtsbehauptung und Nichts von Eigenthumsbehauptung enthalten; nimmermehr hätte auch sonst *vindicare in libertatem* gebildet werden können. Die geschilderte Thätigkeit des Klägers angesehen, gehört das *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* nicht zum vindicare in jenem Sinn, weil diese Worte Eigenthumsbehauptung sind; vielmehr besteht das vindicare lediglich im festucam inponere mit den Worten *ecce tibi vindictam inposui.* Dass nun *vindicare* in den in Rede stehenden Formeln *qua ex causa vindicaveris* und *quando tu injuria vindicavisti* jenen alten Sinn hat, wird sich nicht bestreiten lassen, wenn man das hohe Alter jener Formeln genügend würdigt. Schon zwei Jahrhunderte vor Gaius theilt Cicero (Mur. 12) die Formel *anne tu dicis qui causa vindicaveris* mit, in der doch keine andere gesehen werden kann, als die von Gaius gebrachte *anne dicas qua ex causa vindicaveris;* und die Formel *quando tu injuria vindicavisti* wird Niemand für jünger als diese ausgeben. Schon zwei Jahrhunderte vor Gaius theilt Cicero dieselbe als zu veraltetem, albernem Wortkram gehörig mit: in Mur. 11 stellt er die Sache so dar, als ob die Formeln der Legisactio nach und in Folge der bekannten Publication des Flavius von den jurisconsulti componirt worden seien, d. i. fast drei Jahrhunderte vor Ciceros Zeit. Wir haben allen Grund zu der Annahme, dass unsere Legisactio noch älter ist, schon zur Zeit der Zwölftafeln ausgebildet war: sie enthielten die Worte *si*

qui in jure manum conserunt (Gell. XX, 10. 8), welche ursprünglich nur auf das Verfahren bei Immobilien zu beziehen kein Grund vorhanden ist; sie setzten den Betrag des sacramentum fest, Ga. IV 14, und da bei dieser Gelegenheit nicht berichtet ist, dass sie auch die sacramenti actio eingeführt haben, so kann man das von Voigt, Jus naturale III 2 N. 1223 empfohlene argumentum e silentio anwendend sagen, dass sie für die bereits in Uebung befindliche actio jene Bestimmung gegeben haben, womit zugleich wohl verträglich ist die Angabe des Pomponius (2 § 6 D 1,2), dass aus den Zwölftafeln die *legis actiones compositae sunt;* sie enthielten eine Bestimmung über die Vindicienertheilung secundum libertatem, Liv. III 44, 12, und zwar Appius dieselbe *ex vetere jure in XII tabulas transtulerat* 2 § 24 D 1,2; sie halten die Eigenthumsklage über tignum aedibus junctum für möglich, verbieten aber die Voraussetzung, die Loslösung, daher sie die actio de tigno juncto geben: einerseits *lex XII tabularum tignum aedibus junctum vindicari posse scit*, andererseits *tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest propter legem XII tabularum* 98 i. f. D 46,3 u. 23 § 6 D 6,1, vgl. noch die Stellen bei Schöll, l. c. zu tab. 6, 7—9; endlich gehörte auch die in jure cessio zu den Einrichtungen, welche durch die Zwölftafeln bestätigt wurden, Vat. 50 (vgl. Ihering, Geist § 46 N. 737), und bei derselben ist es wohl einst ähnlich, wie bei dem Verfahren der Legisactio sacr. in rem zugegangen. Stellt sich dieses nach allem Angeführten als ein uraltes dar, dann müssten wir alle Lehren der Geschichte über die Dauer von Formen und Formeln verläugnen, übersehen z. B. Was die Perücke des Sprechers im englischen Unterhause lehrt, wenn wir nicht annähmen, dass wir in den von Gaius mitgetheilten

uralte, vielleicht in das dritte Jahrhundert der Stadt hinaufreichende Formeln vor uns haben. vgl. Ihering, Geist § 45a N. 675b, 680a und vorzüglich § 47a N. 798d. Dann aber können wir nicht umhin für sie auch den ältesten Sprachgebrauch anzunehmen, und für das *vindicaveris* und *vindicavisti* keinen anderen als den, welchen das *endo eo vindicit* der Zwölftafeln offenbart. Mit der oben behaupteten Thatsache, dass die Formeln, in denen *vindicaveris* und *vindicavisti* vorkommen, Nichts von einer Eigenthumsbehauptung Dessen aussagen, an den sie gerichtet sind, ergibt sich hiernach auch Folgendes, was erst in den §§ 24 u. 25 ausgeführt und ausgenützt werden kann. Ist *vindicare* Gewalt zeigen mit Wort und Werk in Angriff oder Abwehr, dann kann das Verlangen *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* nicht sein das Verlangen nach Angabe des Umstandes, auf den eine Eigenthumsbehauptung gegründet wird. Wenn ferner der Kläger sagt *Quando tu injuria vindicvisti,* so behauptet er damit nicht die Unrechtmässigkeit einer Eigenthumsbehauptung des Beklagten. Das vindicare im obigen Sinn steht Jedermann wider das vindicare eines Anderen rechtmässig zu (§ 25), und jenes vindicare ist nur dann *injuria* geschehen, wenn es wider ein auf ein Recht gegründetes vindicare vorgenommen worden ist, m. a. W. der Beklagte dann *injuria vindicavit*, wenn der Kläger, der vindicirt hat, Eigenthümer ist.

§ 9.

Der im vorigen Paragraphen erörterte Sprachgebrauch von *vindicare* ist zu Gaius' Zeiten nicht mehr vorhanden, sondern durch einen anderen verdrängt. Non enim verborum tantum communium verae atque propriae significationes longiore usu mutantur (Gell. XX, 13, 5), sondern

auch der technischen Ausdrücke. Der etymologische Sinn von *vindicare* ist, soweit wir sehen können, aus den Schriften und vielleicht auch aus den Köpfen der classischen Juristen so vollständig verschwunden, dass der Zweifel erlaubt ist, ob ihn Gaius mit *vindicaveris* und *vindicavisti* verbunden hat. Vom vindex bei der legis actio per manus injectionem, IV 21 u. 25, sagt er *vindicem dare* gerade so wie er *vindicem dare* im Formularprocess von der Stellung eines Vertreters des in jus vocatus sagt, IV, 46, indessen (auch abgesehen vom Unterschied des judicatus und vocatus) Beide weit verschiedene Dinge sind; und von Jenem weiss er nur noch zu sagen, dass er *pro se* (den judicatus) *causam agere solebat*, so dass die Vorstellung ganz fern bleibt, dass der vindex eigentlich wider die fremde Gewalt auftritt (Festus s. h. v.), und auch aus dem vorausgehenden *manum sibi depellere* nicht zu entnehmen ist. — Das Verfahren der legis actio sacramento in rem nimmt sich bei Gaius wie ein längst Vergangenes aus, wie er überhaupt den usus legis actionum in die Vorzeit verweist (o. S. 10). Wenn er für den Fall, dass *ad centumviros itur* sagt, dass *ante lege agitur sacramento apud praetorem*, IV, 31 (und vielleicht auch nur *permissum est*), so hat er danach kaum die in rem actio sacramenti für eine res singularis gemeint; in IV 95 aber scheint er auch mir von einer in personam actio sacramenti zu sprechen. vgl. darüber Stintzing, Verhältniss S. 47 ff. Der Polyhistor Gellius, nicht wie Gaius mit der Pflege und Lehre des Rechts seiner Zeit beschäftigt, hatte Musse genug und Interesse der Bedeutung der Alterthümer nachzugehen. Wenn er XX, 10, 1 erklärt: *Ex jure manum consertum* verba sunt ex antiquis actionibus, quae cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici n u n c quoque

apud praetorem solent, und wenn wir ihn uns als Zeitgenossen des Gaius zu denken haben, so stimmt das freilich nicht wohl zu dem Eindruck von der Geltung, den wir aus dessen Darstellung erhalten; Huschke vermuthet, dass das ex jure manum consertum vocare bei allen abwesenden und nur durch einen Theil vertretenen Sachen Statt gefunden, dass auch davon Gaius auf dem verlornen Blatte vor p. 195 gehandelt habe, und bezieht Gellius' angeführte Aeusserung allein auf Erbschaftsprocesse vor den Centumvirn. Jur. Antej. z. Ga. IV 17 und Z. f. RG. 7, 191. Aber an dem, was oben über Gaius' Vorstellung vom vindicare gesagt worden ist, wird durch die angeführte Aeusserung des Gellius Nichts geändert. Dieser geht auf Erklärung von verba actionum civilium celebriora aus; wenn er dabei *in ea re (sol)emnibus verbis vindicare* und *in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent* construirt, so mag er diese alterthümliche Construction in den, nach seiner Angabe, von ihm benutzten Schriften gefunden haben. Möglich auch, dass er eine alte Einrichtung mit einer veralteten Redeweise erläutern zu sollen meinte, wie z. B. bei uns von Manchen auf Altrömisches altdeutsche Ausdrücke angewandt werden. Jedenfalls ist unerweislich, dass er im Bewusstsein des Etymon von *vindicare* Rechtsbehauptung nicht darunter begriffen hat. Oder, wofern er zu jener philologischen Einsicht gelangt war, hat er mit *omnibus verbis vindicare,* wie statt des handschriftlichen *emnibus* von Einigen gelesen wird, dem Sprachgebrauch seiner Zeit (s. u.), wie auch der Etymologie Rechnung getragen. vgl. Huschke a. a. O. S. 180. — Die Veränderung im Sprachgebrauch ist diese. Insofern das Gewalt-Zeigen hauptsächlich Anwendung findet, um Etwas zu erlangen, oder sich in Etwas zu behaupten, das Einem wirklich oder vermeint-

lich gebührt, tritt das Gewaltsame vor dem Zweck zurück und der Begriff von „in Anspruch nehmen" allein hervor, und hier ist der Accusativ des Objects am Platze. Auf dem Uebergange liegt Caes. B. G. 7, 76, 2: Tamen tanta universae Galliae consensio fuit libertatis vindicandae et pristinae laudis recuperandae . . . und diesen Begriff zeigen rein z. B. Cic. Off. 1, 1, 2: si id mihi assumo, videor id meo quodam modo vindicare. 1, 7, 22: non nobis solum nati sumus ortusque nostri partem patria vindicat. p. Arch. 8 i. f.: Homerum Colophonii civem esse dicunt suum: Chii suum vindicant. Tac. Agr. 27: Iniquissima haec bellorum condicio est: prospera omnes sibi vindicant, adversa uni imputantur; u. a. Die Veränderung im juristisch-technischen Gebrauch kann jener vulgären und übertragenen Anwendung vorausgegangen sein. Der Zweck des Gewaltzeigens bei der Legisactio ist für den Kläger sich der Sache zu unterwinden, für den Beklagten sich im Besitze zu behaupten. Indem dieser Zweck dem Ausdruck *vindicare* unterlegt wird, kommt dieser einer Thätigkeit zu, welche in der Form des vom ursprünglichen *vindicare* repräsentirten Begriffes auf Erlangung beziehungsweise Behauptung einer Sache gerichtet ist. Hierher gehört Liv. III, 46, 3 u. 7, wo es sich vor dem auf den folgenden Tag verschobenen Rechtsstreit nur darum handelt dem M. Claudius den Besitz der Verginia zu entziehen. vgl. Wetzell, Vindicationsprocess S. 6 ob. Der rechtliche Zweck, zu dem jene Thätigkeit vorgenommen wird, wird dann aber so sehr das Potius, dass die ursprüngliche Bedeutung und Anwendung ganz verloren geht, durch den Begriff von „in Anspruch nehmen" (auf dem Rechtsweg) ersetzt wird, und sich im Worte selbst nur darin noch erweist, dass es nicht von in personam, sondern nur von in rem actiones gebraucht

wird: *Appellantur autem in rem actiones vindicationes, in personam vero . . . condictiones* und *In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut jus aliquod nobis competere* Ga. IV 5 u. 3 cf. 25 p. D 44,7. Der Verlust der ersteren, der ursprünglichen Bedeutung, zeigt sich in dem Untergang der körperlichen Beziehung zu dem Object; wo daher dieser Theil der alten Bedeutung bei der Schilderung der Legisactio gebraucht wird, ist diese Verbindung erst wieder herzustellen, und es heisst danach *in totam rem praesentem fiebat vindicatio,* zwei Mal in Ga. IV 17. Dies stützt zugleich den oben (S. 33) ausgesprochenen Zweifel an der Richtigkeit von Gaius' Vorstellung vom *vindicare* in den Formeln der Legisactio. — Der Verlust der letzteren, der ursprünglichen Anwendung, zeigt sich in dem Untergang der Beziehung des vindicare auf den Ort seiner Vornahme, das jus; wo diese Beziehung bei der Schilderung der Legisactio gebraucht wird, bedarf sie daher eines besonderen Ausdrucks: Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive (wozu vgl. Plaut. Pseud. 2, 4, 21) possent *in jure vindicabantur* (dinglich in Anspruch nehmen) Ga. IV, 16; vgl. auch II, 96 und Cic. d. Or. 1, 10, 42, wo einige Handschriften *ceterique sua in jure vindicarent* geben. — Das juristische *vindicare* mit dem allgemeinen Sinn von „in Anspruch nehmen", „für sich behaupten" durch Wort wird specialisirt durch Zusatz von *in libertatem*, *suum esse, dominium, servitutem, rem,* welche letzte Verbindung gemäss der bekannten römischen Redeweise die gerichtliche Geltendmachung des Eigenthums bezeichnet. Wenn Ga. II, 194 — 82 ist zu lückenhaft — ohne Zusatz von *rem* sagt *vindicare debet id est intendere suam rem ex jure quiritium esse*, so kann zwar nach den zuvor

angeführten Verbindungen wie auch nach der Function, die *id est* sonst bei Gaius versieht (4 D 44,7. 28 § 2 D 2,14. 3 D 44,1. 20 D 6,1. 1 § 1 D 7,8 u. a.), nicht gesagt werden, dass *vindicare* und *intendere suam rem e. j. Q. esse* für Gaius synonym sind, wohl aber, dass er auch unter *vindicare* für sich ein solches intendere verstehen kann. Wenn er nun bei der in jure cessio (II 24) von dem, cui res in jure ceditur sagt: rem tenens ita dicit: hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo; deinde postquam hic vindicave(rit praetor inter)rogat eum qui cedit, an contra vindicet: so ist es dem zuletzt erwiesenen Sprachgebrauch ganz gemäss *vindicaverit* allein auf das Aussprechen von *hunc ego* bis *meum esse ajo* zu beziehen. Es kann mit ebenso wenig Sicherheit behauptet, als in Abrede gestellt werden, dass dereinst zum Ritual der in jure cessio das vindicare im alten Sinne, somit das Werk festucam inponere und die Worte *ecce tibi vindictam inposui* gehört haben; möglich, dass sich von der einstigen Zugehörigkeit die vindicta des Lictor bei der manumissio vindicta erhalten hat. Wenn aber Huschke (Z. f. RG. 7, 179 u. 180) und Puntschart a. a. O. S. 241 u. 336) es wie ausgemacht hinstellen, dass Gaius mit *vindicaverit* auch jenes Werk und diese Worte begriffen habe, so kann Dem entschieden widersprochen werden. Dem zu Liebe müssen sich Valerius Probus oder sein Excerptor und Boëthius von Huschke N. 6 eines Missverständnisses zeihen lassen. Das soll dadurch bekräftigt werden, dass sonst *postquam hic vindicaverit* nur Epexegese zu *deinde* wäre. Dass Solches aber mit Gaius' Schreibart übereinstimmt, geht schon aus II, 198 u. 207 und IV, 15 hervor. Es ist ferner eine gänzlich unzulässige Annahme, dass Gaius (II 24) bei Schilderung des modus in jure cedendi die Kenntniss

eines Rituals voraussetze und mit einem einzigen Worte andeute, das er erst viel später mittheilt (vgl. das Verhältniss von I, 119 zu 113, von II, 24 zu 22 und 23); er sagt IV, 16 *festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat,* hier II, 24 nur *rem tenens* und soll dem Leser überlassen haben sich bei *vindicare* die festuca vorzustellen; und gar dass er nothwendige, verba solemnia verschwiegen haben soll!

Aus dem *contra vindicet* (in zwei Wörtern Ga. I 134), das Gaius an der obigen Stelle (II 24) schreibt, haben die Neueren ein Substantiv *contravindicatio* gebildet und damit auch die angeblich nothwendige positive Behauptung des Beklagten bei der legis actio sacramento in rem bezeichnet, daher z. B. Rudorff zu Puchta, Inst. § 162 N. v. von der „Nothwendigkeit der Contravindication" spricht. Bei der in jure cessio einer res corporalis, wo das vindicare in dem Aussprechen der angegebenen Worte besteht, kann *contra vindicare* im Sinn des Gaius nicht etwas Anderes sein, als ein gleiches vindicare, somit positives Behaupten, welches dem ersten vindicare entgegengesetzt ist durch die rechtliche Unverträglichkeit seines Inhalts mit dem des ersten vindicare. Wenn der qui cedit auf die Frage des Prätors *an contra vindicet,* dies verneint, oder schweigt, so addicirt der Prätor die Sache demjenigen qui vindicaverit. Aber der „qui cedit" ist weder negans noch tacens, noch auch contra vindicans, wenn er — da er sich eines Anderen besonnen hat — auf die Frage des Prätors *an contra vindicet,* rem tenens zu dem qui vindicaverit sagt: *hunc ego hominem e. j. Q. tuum esse nego.* Da man von Dem, der so spricht, nicht sagen kann *cedit,* da auch über diesen Fall nichts überliefert ist, so scheinen mir die Neueren zu weit zu gehen, wenn sie ohne Anhalt solche

Art von Widerspruch als wirkungslos, als gleichgiltig für die in jure cessio voraussetzen. Die in jure cessio gehört schon den Zwölftafeln und diesen noch der ursprüngliche Begriff von vindicare an. Fand also dereinst das vindicare ursprünglichen Sinnes durch den cui in jure ceditur bei der in jure cessio Statt, so ist wahrscheinlich, dass der Magistrat mit der Frage *an contra vindicet* den ursprünglichen Begriff ausgedrückt hat: dann aber musste die cessio in jure durch die Vornahme solcher vindicatio behindert werden, einerlei ob der Gefragte für sich Eigenthum hehauptete, oder die Eigenthumsbehauptung des ersten Vindicanten verneinte. Mangelt für die von Gaius geschilderte in jure cessio die Sicherheit der Wirkungslosigkeit der Rechtsverneinung, so schwebt noch mehr in der Luft die von mehreren Schriftstellern für die sacramenti actio in rem gemachte Analogie, wonach die Rechtsverneinung durch den Beklagten die Addiction der Sache an den Kläger durch den Magistrat zur Folge habe. s. § 11. Es sollte ferner nicht vergessen werden, dass die in jure cessio für Gaius (l. c.) nicht eine legis actio ist, sondern nur legis actio *vocatur;* es wird bei ihr in keinem der fünf modi verfahren, in welchen lege agirt wurde.

Die Ausführungen dieses Paragraphen geben die Erklärung für den gewissen Umstand, dass Gaius (IV 16) mit *vindicabat*, das er vom Kläger sagt, dessen ganze erste Thätigkeit in Wort und Werk benennt. Da er von dem, welcher in rem agit mit der formula: *Si paret hominem . . . e. j. Q. Auli Agerii esse* im Sprachgebrauch seiner Zeit sagt *vindicat*, so kommt er dazu gemäss diesem Sprachgebrauch, aber wider den Sprachgebrauch der Entstehungszeit der Legisactionsformeln vom Kläger in der Legisactio, weil er die Formel sprach

Hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo, um dieser Formel willen zu sagen *vindicabat*. Dass er nun auch vom Beklagten sagt *vindicabat* (argg. *cum uterque vindicasset* und *qui prior vindicaverat*) wird in § 16 berücksichtigt werden.

§ 10.

Es kann ferner die Unmöglichkeit der Rechtsverneinung als Vertheidigung des Beklagten nicht gegründet werden auf den Gebrauch der festuca, den auch er beim vindicare machte, unter Berufung auf Ga. IV 16 i. f.: Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii (quod ma)xime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Sonach war die festuca *quasi hastae loco*, damit ein Zeichen für die hasta, welche selber ein Zeichen für justum dominium sein soll. Für Letzteres spricht nicht die Construction *signo quodam*, da *signi cujusdam* zu erwarten ist, wohl aber *quod maxime* u. s. w., da man den Feinden nicht mit einer festuca, wohl aber mit einer hasta zu Leibe geht, und spricht die Anknüpfung von *unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur*. Gegen obiges Argument ist vor Allem zu bedenken, das uns die römischen Juristen, wo sie Anderes thun, als ihr geltendes Recht darstellen, insbesondere wann sie Rechtshistorie treiben, oder den Geist ältern Rechts darstellen, vergangene Gebräuche und Einrichtungen praktisch oder etymologisch erklären wollen, nicht unbedingt massgebend sind, dass sie sich vielmehr eine Kritik an der Hand der historischen, philologischen und anderer Gesetze von uns gefallen lassen müssen, welche oft zu ihrem Nachtheil ausfällt. „Wie gewandt und concret sind dieselben Männer, wenn die fremde Form entlegener Zeit fehlt, und die reine Wirklichkeit der Gegenwart in ihrer Unmittelbarkeit da ist?“

Christiansen, d. Wissensch. d. röm. R.Gesch. S. 361. — Die hasta wird von der festuca vertreten und diese selbst tritt in der Legisactio als vindicta auf. „Dass *vindicta* vom Participium das Verbum *vindicere* zum Substantiv geworden ist, leidet keinen Zweifel.“ „*Vindicta* ist also das, wodurch die *vis* an den Tag gelegt wird, das körperliche Zeichen des *vindicere*.“ Müller, Rh. Mus. 5, 195. Sonach hat die vindicta etymologisch Nichts mit justum dominium zu thun. Aber auch bei der hasta denkt man eher an die Gewalt d. i. den Weg zum Erwerb, als an das Ergebniss d. i. das Eigenthum. Daher Paul. ex Festo: Hastae subiciebantur ea, quae publice venundabant, quia signum praecipuum (belli; Müller) est hasta. Nam et Carthaginienses, quum b e l l u m vellent, Romam hastam miserunt, et Romani fortes viros saepe hasta donarunt.- vgl. auch v. Bellona dicebatur dea bellorum, ante cujus templum erat columella, quae bellica vocabatur, super quam h a s t a m jaciebant, quum b e l l u m i n d i c e b a t u r. B.-Hollweg a. a. O. S. 131 sieht in der hasta das Symbol „ausschliesslicher Herrschaft“, obwohl er sich auf Ga. l. c. beruft; dies ist allgemein genug, um angenommen werden zu können. Karlowa (LA. § 7) schliesst die Note 1 mit der Bemerkung: „Der civis romanus wehrt vermöge der hasta von den zu seiner familia gehörigen Objecten die drohende Verletzung ab“, nimmt aber im Text Gaius' Bemerkung einfach an. Huschke (Z. f. RG. 7, 177 N. 5) sieht in unserer Legisactio ein zum Bilde herabgesetztes Verfahren des jus gentium und in dem Speerstab ein Symbol dieses Streites, da „kraft dessen allein souveräne Völker auch wider einander Eigenthum haben und behaupten“. Dagegen ist Nichts zu erinnern, aber der Zweifel erlaubt, ob auch Gaius bei *quod maxime sua esse* .... so weit gesehen hat, wie

Huschke urtheilt. Ueber Gaius hat schon Puchta (Inst. § 236) dahin erkannt: „Diese Bemerkung sieht nun von vornherein einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher, als einem juristischen Gedanken". Hinterdrein aber sieht man, dass die hasta schon zwei Jahrhunderte vor Gaius beim Centumviralgericht im Gebrauch war (Suet. Aug. 36) und zu den causae centumvirales noch ganz andere Dinge gehört haben, als Streitigkeiten über justum dominium (Cic. d. Or. 1, 38, 173). Gaius' Speculation stimmt nicht zu der Etymologie und schlecht zu der natürlichen Betrachtung, sie erweckt aber auch ferner die Vorstellung, dass das Erbeutete Eigenthum des Erbeuters geworden sei, was in dieser Allgemeinheit nicht wahr ist, s. die Stellen bei Grotius, d. j. belli et pacis III 6,14 nebst Plaut. Persa 4, 3, 39. Gaius sagt nicht, ob die festuca Zeichen des zustehenden, oder auch des zu erwerbenden Eigenthums sei. Letzteren Falls müsste sie auch bei der mancipatio zur Anwendung kommen, und auch ersteren Falls, wenn man sich wörtlich an die Formel hält. Wäre die festuca ein signum justi dominii, und nicht Zeichen der Gewalt, so würde sie die Worte *hunc ego hominem e. j. Q. m. e. ajo* in der Legisactio begleiten, es spricht aber Alles dafür, dass sie die Worte *ecce tibi vindictam inposui* begleitet hat. Endlich wird Gaius' Bemerkung, das obige Argument zu gewähren, unbrauchbar gemacht durch die Anwendung der festuca bei der manumissio vindicta — *vindictae impositio qua libertas justa munitur* 2 C. 2, 30 vgl. Plaut. Miles 4, 1, 15 — welche wohl eine vindicatio in libertatem war. Auf das obige Argument war nur Rücksicht zu nehmen, weil Wetzell a. a. O. S. 49 erklärt: „Da nun der Adsertor weder in eigenem, noch in seines Schützlings Namen Eigenthum verfolgt, so darf er sich der Festuca,

die ein Zeichen wahren Eigenthums, und desshalb nur bei der Vindication eines Sklaven anwendbar ist, unmöglich bedienen." Ein Zeugniss dessen scheint nicht vorhanden zu sein, dass in 19 § 4 D 49,17. 14 § 1 D 40, 1. 12 § 2 D 40,12 der Freilasser die vindicta führt, ist kein Grund, dass nicht auch der adsertor in libertatem eine zu führen hatte. Für Letzteres aber spricht Boeth. in Cic. Top. 1, 2, 10 (bei Bruns, fontes): Vindicta est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quaedam verba solemnia. vgl. 23 D 40,2, ein altes Glossar bei Briss. d. form. 8, 37 und B.-Hollweg a. a. O. S. 138 N. 16.

§ 11.

Verstummen, das ist klar, muss jeglicher Zweifel an der Wahrheit der Anomalie, deren Beglaubigung wir zu prüfen im Begriffe sind, — auch wenn sie nicht erweislich sein sollte innerhalb des Theils der Legisactio, auf welchen *cum uterque vindicasset* zurückweist — sobald sich ergibt, dass der übrige Theil des Verfahrens in jure nicht minder als in judicio von der Nothwendigkeit der positiven Rechtsbehauptung des Beklagten Kunde giebt, sei es in den Formeln, d. i. mit ausdrücklichen Worten, sei es, dass dieser Theil des Verfahrens jene positive Rechtsbehauptung voraussetzt, ohne sie nicht denkbar, weil seine Form ihr angepasst ist. Es ist aber auch umgekehrt klar, wie laut und kräftig sich die Stimme des Zweifels erheben darf, wenn sich dies nicht erweisen lässt. Denn das sacramentum bildet Schwerpunkt und Schlagwort unserer Legisactio, das Ding, wodurch sie unterschieden wird. Mit der sacramento provocatio bringt

der Führer im Streit, bringt der Kläger das sacramentum ins Spiel, alles Vorausgehende kann man Vorspiel nennen. Und ebenso wiederum ist die Sentenz des Richters auf das sacramentum gestellt, mag er auch daneben seinem Erkenntniss noch einen anderen Ausdruck geben. An der sacramento provocatio also und an dem richterlichen Urtheil muss sich die Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung des Beklagten bewähren, hier muss sie ihre Consequenzen, durch diese ihr Vorhandensein zeigen. Denn die Consequenz, so ward schon gesagt (S. 39), dass der Beklagte, der des Klägers Eigenthum verneinend bestritt, ohne also sich selbst für den Eigenthümer zu erklären, die Addiction der Sache an den Kläger herbeiführte: ist für die wirkliche Legisactio nicht bezeugt und lässt sich aus dem Hergang bei der sogenannten, bei der in jure cessio nicht ableiten, weil auch für diese jene Consequenz nicht bezeugt ist. Ja sogar abgesehen davon d. h. auch wenn sie für die in jure cessio bezeugt wäre, bleibt fraglich, ob nicht eine Negation, welche den Verlauf der in jure cessio nicht hindert, doch auch für den Fortgang des Processes genügend sei; denn bei jener soll cedirt, bei diesem gestritten werden, darum wird dort erst noch gefragt, *an contra vindicet*, erfolgt dagegen hier der Widerstreit unaufgefordert; Wer nicht cediren will, braucht nicht vor den Prätor zu gehen, hat er dies aber gethan und hat er den Anderen Eigenthum behaupten lassen, dann mag vielleicht sein Nein ungehört verhallen: dass dagegen der Beklagte nicht dem Kläger weichen will, hat er — falls er um das Verlangen des Klägers wusste — dadurch gezeigt, dass er sich hat in jus vociren und dort den Kläger die Sache mit Wort und That sich hat anmassen lassen, jedenfalls aber dadurch, dass er der Gewalt mit Gewalt entgegengetreten ist, Alles statt vorher nachzugeben, was

andererseits der Cedent nicht vermag. Das Gegentheil von confessio, die Bestreitung, kann nimmermehr als confessio in jure behandelt werden; etwas Anderes, ein Mehr von Widerstand, denn Schweigen, ist das Verneinen, und Wer weiss, ob nicht die litterae singulares des Probus *q(uando) n(eque) a(is) n(eque) n(ega)s* auf den Fall des Schweigens auch in unserer Legisactio gehen, wonach es ganz sicher wäre, dass Verneinen allerdings in Betracht kommt. Lässt sich sonach die Nothwendigkeit der Vertheidigung mit Eigenthumsbehauptung für den Theil der Legisactio, den man das Vindicationsverfahren nennen kann, nicht erweisen, indem vielmehr umgekehrt wahrscheinlich ist, dass auch im Fall der Verneinung der klägerischen Behauptung der Process seinen Fortgang nahm: dann muss sich jene Nothwendigkeit im eigentlichen Sacramentsverfahren, bei der sacramento provocatio und bei der Urtheilsfällung erweisen; und zwar muss sie sich von selbst erweisen, sie darf nicht, wie vorgekommen ist, in dieses Verfahren hineingetragen werden. (Aus dem übrigen, zwischen vindicatio und sacramento provocatio liegenden Theil der Legisactio wird in § 25 argumentirt werden). Lässt sich dagegen die sacramento provocatio wie die Urtheilsfällung bei der in rem actio so gut wie bei der in personam quellenmässig construiren, ohne dass positive Behauptung des Beklagten nothwendig vorausgeht: dann müssen wir uns von dem Dogma der Nothwendigkeit lossagen, lossagen auch für den Fall, dass ein unten (§ 16) Anzuführendes dafür spricht, dass Gaius aus dem Munde des Beklagten die gleichen Worte wie aus dem des Klägers kommend denkt. Denn es ist weder römische Art, noch überhaupt annehmbar, weil wider die Zweckmässigkeit, welche den Process regiert, dass der

Rechtsweg an einer Stelle einer Einschränkung unterworfen sei, welche Einschränkung nicht nur im Verfahren selbst keine Consequenzen, also keine praktische Bedeutung zeigt, sondern auch ausserhalb desselben die mancherlei Bedenken verursacht, die im § 2 geäussert worden sind. Endlich dürfen wir auch nicht vergessen, dass es sich um eine Abnormität des römischen Rechts handelt, die wie jede Gründe von besonderem Gewicht muss für sich geltend machen können, ansonst die Wagschaale nach der Seite des Normalen sinkt.

§ 12.

In dem Bericht über die Erwiderung des Beklagten auf die provocatio des Klägers folgt nach Studemunds Apographum dem abgekürzten *similit* mit durchstrichenem *t*, was *similiter* bedeutet (s. z. B. p. 51 v. 17. 130, 17. 171, 18. 178, 3. 182, 4. 201, 24), ein *et*, also dass *similiter et ego te* zu lesen ist. *Similiter* ist aber nicht vom Beklagten gesprochenes Wort, sondern Adverb zu *dicebat*, geht also vom Referenten aus. Daran nimmt im Voraus Keiner Anstoss, der sich erinnert, dass die Handschrift ipsissima verba nicht durch Majuskeln auszeichnet, und wenig Interpunction, z. B. auch nicht vor den Provocationsworten des Klägers kennt. Ferner ist mit *et* und folgendem persönlichem Fürwort beginnende Erwiderung sehr gewöhnlich, vgl. z. B. für *et tu*: Plaut. Aul. 2, 1, 54. Cas. 3, 2, 11. Poen. 5, 4, 98, für *et ego* und *et nos:* Cist. 4, 2, 58. Miles 4, 4, 2. Rud. 4, 3, 86. 4, 4, 11. Bach. 1, 1, 45. Curc. 5, 2, 59. 5, 3, 9. Menaech. 5, 9, 35. Die richtige Abtheilung findet sich längst in Scheurl's Institutionen. Als zuerst Dernburg in der Heidelberger Krit. Zeitschr. 1, 468 bemerkt hatte: „*si-*

militer war schwerlich Formelwort", scheint dies von Keller, Civ.Pr. N. 214 und Muther, Sequestration und Arrest 137 N. 1 als Bezweifelung von *similiter* verstanden und, weil ohne Begründung und positiven Vorschlag auch von Anderen nachher nicht beachtet worden zu sein; im Gegentheil fehlt *similiter* in keinem der verschiedenen mit und ohne Gaius construirten Formulare. *Similiter* im Munde des Beklagten kann nicht auf das bezogen werden, was der Kläger ausser *provoco* sagt, weil dies unbestimmt, leer und unanschaulich wäre, und nur als Adverb eines zu ergänzenden *provoco* ist es entweder müssig, oder der Ausdruck eines Urtheils über eine gegenwärtige Thätigkeit des Urtheilenden, was Beides im Formelwesen unerträglich ist. Dagegen passt es in den Mund des Referenten, von dem es schon vorher gebraucht war (*eadem similiter dicebat*) u. s. w. Den Worten *Et ego te* folgt in der Handschrift abgekürzt *scilicet;* dies kann an sich sehr wohl zum Vorausgehenden gezogen werden und dann als „nämlich" oder „natürlich" sammt den gesprochenen Worten *et ego te* die Erläuterung oder Ausführung von *dicebat similiter* abgeben, wodurch zugleich ausgedrückt wäre, dass es bei *et ego te* für die Antwort bewendet. In diesem Falle aber wie in dem gänzlich auszuschliessenden, dass *scilicet* als gesprochenes Wort aufgefasst wird, würde dem nachfolgenden *l asses sacramenti nominabant* (worin jedoch *l* wohl nicht Ziffer sein muss) alle Verbindung entzogen. Schlägt man dagegen *scilicet* zu diesem Nachfolgenden, so hat es einen Hauptsatz einzuleiten, eine Function, die es in den Schriften des Gaius niemals versieht, und ferner ist auch der daraus sich ergebende Sinn unbrauchbar. Ich möchte es daher doch zum Vorausgehenden nehmen und zugleich bedenken, dass schon Goeschenius plura intercidisse arbi-

trabatur (Heffter, Gaii Inst. Comm. IV p. X). Zu Conjecturen aber und weiterer Erörterung ist hier kein Anlass.

§ 13.

Es ist, soweit ich sehe, gleichgültig für unsere Aufgabe, aus der Gestalt der s. g. sacramento provocatio und des Urtheils Argumente für die zu prüfende Anomalie zu gewinnen, welche Bedeutung man dem sacramentum in der sacramenti actio beilegt. Wider die gemeine, auf Gaius' profane Schilderung gebaute Auffassung ist neuerdings von Huschke (Multa, Cap. VI) mit reicheren Mitteln, denn zuvor (von Anderen vorzüglich Danz, d. sacrale Schutz) und mit glänzendem Combinationstalent in tiefer und umfassender Weise diejenige fundirt worden, welche vom sacramentum als eidlicher Handlung (Festus) ausgehend den Civilprocess auf Erden nicht ohne ein religiöses Verfahren möglich denkt, bei dem ursprünglich die Gottheit jedes Mal durch einen falschen Eid gekränkt und zur Rache getrieben, der falsch Schwörende aber nur durch Hingabe eines Theils seiner Habe (Eidesstrafe) an die Gottheit vor den Folgen ihres Zornes bewahrt und in den Bund der Reinen wieder aufgenommen wird. Obwohl nämlich seine Darstellung stellenweise — ein Vorzug historischer Darstellungen — im Colorit der Zeit, der sie gilt, des grauen Alterthums erscheint, so dürfte doch für die hier wesentlichen Punkte, die Form des Eides und die Form des Urtheils so Viel erhellen, dass jene ohne äusseres Zeugniss, bei dieser der Verfasser sich schwerlich selber treu geblieben ist. vgl. § 15. Inzwischen möchte ich drei Bedenken geltend machen.

Huschke bemerkt S. 380, dass die früher von ihm

vertheidigte Auffassung, das militärische und das gerichtliche Sacrament „auf die gemeinsame Idee zurückzuführen, dass nach alt-Römischer Ansicht kein strenger Rechtsstreit ohne eine Heiligung der Parteien habe geführt werden dürfen“, könne eine nähere Prüfung nicht bestehen. Das Ungenügende derselben sei von Puchta ausgesprochen worden, womit wohl dessen Kritik (Inst. § 161) „dies scheint mir eine traumartig mengende Phantasie“ gemeint ist. Wenn nun dafür dem Leser als Ersatz „ein anderer Gesichtspunkt“ versprochen wird, „von welchem aus der gesuchte höhere Zusammenhang beider Institute hervortritt“: muss er dann, wenn es S. 381 heisst „der Grund für das militärische sacramentum lag nun offenbar in der Natur des Kriegs in seiner Beziehung auf das Recht. Der Krieg als ein zum Schutz und zur Durchsetzung des Rechts der Staatsgenossen eintretendes Verfahren nach aussen . . .“ (vgl. auch S. 421 in der Note No. 5), S. 382 (statt anderer Stellen) dass „in allen Streitfällen mit Bürgern über ein im Inneren des Staats gewährtes Recht . . . die Rechtsbehauptung beziehungsweise Bestreitung . . . stets durch eidliche Behauptung so zur Entscheidung durch die Obrigkeit als Vertreterin der im Eide angerufenen Gottheit gebracht werden (muss), dass die Schwörenden für den Fall ihres Unrechts sich selbst sacrieren . . .“ und endlich S. 385 „hieraus ergibt sich nun zunächst die wahre Natur des gleichen Princips, welches dem militärischen und dem gerichtlichen sacramentum zu Grunde liegt. Es besteht in dem Grundsatze, dass der Bürger für sein Handeln so oft sich der Gottheit eidlich heiligen müsse, als dasselbe die Existenz des Staats selbst unmittelbar berührt, was nach den beiden Richtungen, in denen die Existenz des Staats sich vollzieht, auch nur in zwei Fällen geschehen kann“ . . .: muss dann

nicht der Leser zweifeln, ob ihm das Versprechen eines anderen Gesichtspunktes ganz gehalten worden, ob der neue von dem alten erheblich verschieden ist? —

Die wahre Eigenthümlichkeit des sacramentum besteht mit Festus (s. v. *sacramento,* wo aber nach Müllers Restitution im zweiten Satze *jusjurandum* schlechthin mit *sacramentum* identificirt scheint, vgl. auch Multa 378 N. 79) nach Huschke in der juris jurandi sacratio als Sacration des Schwörenden (S. 372 cf. 367), der gemäss nach Eintritt des Frevels der sacer (375) „der Rache einer bestimmten einzelnen Gottheit völlig und ausschliesslich verfallen ist, so dass er als ihr geschuldet . . . so bald als möglich getödtet werden muss und darum auch darf.“ Macrob. Sat. 3, 7, 5—7. „Die zur Hervorbringung dieser Lage nothwendige sacratio erfordert . . . zweierlei: die ausdrückliche Erklärung für einen certo alicui deo sacer . . . und dass diese auch jure publico d. h. durch ein Gesetz unmittelbar oder in Gemässheit eines solchen geschehe“ (376; das Recht stammt nach der richtigen römischen Auffassung von Gott, aber einen sacer bekommt er doch nur, wenn die Bürgerschaft das entsprechende Gesetz gemacht hat). Beides „muss“ nun nach Huschke für das sacramentum angenommen werden. Wenn aber auch wirklich die Zwölftafeln mit ihrer Sacramentsbestimmung (Ga. IV 12 u. 14) nur älteres Civilrecht bestätigten (377), so wird doch damit nicht bewiesen, dass in diesem die sacratio vorgeschrieben war, also nicht bewiesen, dass wenn zwei altrömische Bauern um eine Kuh processirten, das sacramentum die fürchterliche Bedeutung gehabt hat, welche eine sacratio gemäss dem jus publicum voraussetzte.

Danz (a. a. O. 179 ff.) hat zuerst das internationale res repetere, die clarigatio, welche in der Folge die

Fetialen besorgten, zu der legis actio sacr. in rem in Parallele gesetzt, in der ersteren „das völkerrechtliche Abbild des *hunc ego hominem e. j. Q. m. esse ajo*" erblickend (S. 182), indessen die Hauptsache in dem *peragit deinde postulata* des Liv. 1, 32 verborgen bleibt. vgl. auch Ad. Schmidt, d. originibus L.-Anum. p. 41, N. 84 a, aber auch 40 zu N. 80. Dieser Gedanke ist von Huschke mit Eifer aufgenommen, aber ganz wesentlich umgestaltet und zu ungeahnter Fruchtbarkeit gebracht worden. „Wenn, wie doch nicht zu bezweifeln sein dürfte, das Clarigationsverfahren nach unserer Annahme wirklich und nur mutatis mutandis ein getreues Abbild des ursprünglichen jurgare war" (Multa 421), dann ist auch umgekehrt anzunehmen, dass „das römische sacramento agere nach seiner ursprünglichen Gestalt uns in dem Abbilde des Clarigationsverfahrens gegen fremde Völker aufbewahrt ist." S. 66. Danach ist aber dem Verfahren der Zwölftafeln — in welchen der juristische Leser, der durch die quellenarme Wüste der ersten drei Jahrhunderte gewandert ist, mit Freuden eine Oase erblicken wird — welches mit einem derben und einfachen in jus vocare beginnt und ein einfaches in jure agere folgen lässt, eine Zeit vorausgegangen, wo die in jus vocatio mit eidlich sacrierender Behauptung und Bestreitung des Anspruchs geschah, dann aber in jure das beiderseitige mit sacramentum bestärkte jurgare vier Mal, an einem ersten, zehnten, zwanzigsten und dreissigsten Tage wiederholt wurde. Dieses auf die Nachgiebigkeit des Gegners berechnete Verfahren erwies sich zwar regelmässig als verfehlt, und ist darum auch gewiss schon vor den zwölf Tafeln abgeschafft worden, aber die Sacramentsbeträge derselben, die 500 und die 50 asses stammen aus dieser ältesten Zeit, indem auf jedes der fünf sacramenta jedesmal ein Rind = 100, bezw. ein

Schaaf = 10 asses als Eidesstrafe gesetzt war, wie auch die Abwartung des dreissigsten Tages zur Bestellung des Richters auf diese älteste Zeit zurückweist. vgl. S. 66. 412 ff. 421. 442. Das Letztere wird man nicht blos desshalb verwerfen, weil neuerdings allgemein (nach Studemund) *ante autem eam legem* (sc. Pinariam) *statim dabatur judex* bei Ga. IV, 15 gelesen wird, die dreissigtägige Frist also wahrscheinlich neueren Ursprungs ist, sondern auch desshalb, weil jene angebliche älteste Frist ja vor Beendigung des Verfahrens in jure zu laufen hatte. Man wird aber wohl auch an der ganzen durch Danz eingeführten Analogie Anstoss nehmen, wenn man sich erinnert, dass das Ritual des internationalen res repetere gar nicht auf altrömischem Boden gewachsen ist. Denn es erzählt mit unverbesserlicher Deutlichkeit Livius (1, 32, 5), dass Ancus Marcius, damit *a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, jus ab antiqua gente Aequiculis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur.* Wenn aber das ausgebildete Sacramentsverfahren quiritischen Ursprungs und von Numa abzuleiten ist (Multa 414. 388), dann ist nicht einzusehen, warum man ein Abbild von einem fremden Volke holte, wenn man das Urbild daheim in Händen hatte. Es bleibt nur übrig Livius' Zeugniss auch hier nicht gelten zu lassen.

§ 14.

Indessen, wir wollten nicht bei der Bedeutung des sacramentum verweilen und kehren nunmehr zu unserem Gegenstande, zunächst zu der provocatio sacramento zurück. Nach Huschke ist an die Stelle der ursprünglich blos thatsächlichen provocatio, welche in der beiderseitigen

Vorsagung der Eidesformel in der Gerichtsstätte lag (Multa 410. 421), später die von Gaius mitgetheilte wörtliche, formulare getreten, d. h. die auch mit Aussprechen von *sacramento provoco* vor sich gehende. Nimmt man einmal ohne Gaius, aber wegen Festus-Müller den Eid in das Verfahren auf, dann kann man durch Huschke dargethan finden, dass das *sacramento provocare* in einem Auffordern oder Reizen durch zum Nachsprechen vorgesagten Eid besteht, und auch vielleicht zugeben, dass in dem *provocare* zugleich ein Hinfordern an einen anderen, nämlich den heiligen Ort liegt, wo die wirkliche Eidesleistung erfolgen soll, worauf *deinde eadem sequebantur*.. bei Ga. IV 16 (nach der üblichen Lesung) weisen könnte. vgl. Multa 362 N. 21; 410 N. 165; 422; 438 u. 439. Einen Schluss nun auf die Nothwendigkeit positiver Rechtsbehauptung des Beklagten könnten wir nur ziehen, wenn uns die Eidesformeln bekannt wären, allein über Formeln eigener Bildung kann selbst Huschke nicht hinauskommen. a. a. O. 378. 443. Eine abweichende, beachtenswerthe Auffassung hat Puntschart a. a. O. S. 166 ff. entwickelt. Ihm ist das sacramentum ein promissorischer Eid die gesetzliche poena temere litigantium für den Fall des Unterliegens zu sacriren d. i. den Göttern zu weihen, und das *provocare sacramento* ein *provocare ad judicium cum sacramento* oder *sacramento interposito*. Allein eine Hauptsache, dass *provocare* „auch für sich allein eine Herausforderung zum gerichtlichen Streite bezeichnet", ist unbewiesen geblieben, da 1 D 49,3 doch nur missverständlicherweise dafür angezogen werden kann. Ebenso bleibt unsicher, welche Behauptung von beiden Seiten als diejenige gemeint ist, bei deren Nichtbewährung der Fall des Unterliegens gegeben ist. — Auch wenn wir vom Eide absehen, lässt

sich ein Ergebniss im Sinn der herkömmlichen Auffassung von der Rolle des Beklagten nicht gewinnen. Denn mag zum, oder durch Sacramentum, oder durch Sacramentum zum Sacramentum provocirt werden, und mag das Sacramentum irgend welche der von Danz, Zeitschr. f. R.Gesch. 6, 339 ff. zusammengestellten Bedeutungen haben — siehe auch die milde, hierher passende Bemerkung bei Bekker, Aktionen 1, 61 Note — immer bleibt fraglich, ob (sagen wir kurz) der Einsatz, den der Kläger jedenfalls machte — sei es schon durch sein Wort *provoco*, sei es durch depositio ad pontem (Varro, L. L. 5, 180), sei es durch Stellung der praedes sacramenti — ob dieser Einsatz gemacht wurde für die Wahrheit oder die Unwahrheit seiner oder des Beklagten anfänglicher oder einer nachfolgenden Behauptung oder Bestreitung, wie auch, auf welchen Umstand sich des Beklagten Einsatz bezog. Diesen Eindruck der Fraglichkeit empfängt man nicht, wenn man liest z. B. bei Wetzell, Vindicationsprocess S. 44 „Es fordert nämlich eine Partei wechselsweise die andere auf, die Sacramentssumme unter der Bedingung zu versprechen, dass ihre (der Gegenpartei) Intention nicht zu Recht bestehe"; bei Rudorff, R.R.G. II 77 „Sacramentum ist eine Caution, welche beide Theile für die Wahrheit ihrer direct oder indirect widerstreitenden Behauptungen in der Art bestellen" . . .; bei B.-Hollweg, a. a. O. S. 121 „Indem also der Eine oder Andere für die Wahrheit seiner Aussage eine gleiche Summe Geldes einsetzt" . . . S. 122 „das Sacramentum war also zunächst eine Bekräftigung der Behauptungen" . . .; bei Karlowa, Beiträge S. 53 „beide behaupten ihr Eigenthum in der vindicatio und contravindicatio, beide bestellen für diese Behauptungen ihr sacramentum"; bei Eck,

die sog. doppelseitigen Klagen S. 7 unter dem über den Verlauf des Sacraments-Verfahrens bekanntlich Feststehenden „dass jeder den andern, falls dieser mit Unrecht vindizirt habe, zur Gelobung des Sacraments nöthigte“; bei Karlowa, LA en. S. 77 (vgl. 81) „dass die Parteien nicht bloss darüber, wer Eigenthümer sei, sondern auch darüber, wer mit Recht oder Unrecht vindicirt habe, streiten wollen“.

Es genügt dagegen, dünkt mir, ein einziger unbefangener Blick auf Gaius' Darstellung, auf die allein wir angewiesen sind, um zu erkennen, dass die Annahme einer Sacramentsbestellung für solche beiderseitige Behauptungen der Stütze entbehrt, dass zumal die Formeln *Quando tu injuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco* und *Et ego te* eine solche nicht gewähren. An die Formeln der Legisactio müssen wir uns halten, wenn wir die Legisactio erkennen wollen, hier unstreitig noch darum, weil auch der Referent Gaius Nichts über den Inhalt der Behauptungen aussagt, für welche die Einsätze gemacht werden. Wenn wir uns aber an die Formeln halten, so ergibt sich Folgendes. Mit *quando tu injuria vindicavisti* gibt der Kläger einen Grund an, doch wohl — worauf schon die Grammatik weist — den Grund seines provocare, denn warum sonst vor dem provocare einen Grund angeben. Als Grund gibt er nicht eine feststehende Thatsache, sondern ein subjectives Urtheil über eine fremde Handlung, eine blosse Behauptung an. Diese seine Behauptung aber ist das Gegentheil der vorausgegangenen des Beklagten: *jus feci sicut vindictam inposui.* Leitet nun der Kläger seine Herausforderung mit einer Behauptung ein, deren Bestrittensein durch den Beklagten offenkundig und ihm bewusst ist: dann ist anzunehmen, dass er das injuria vindicavisse des Be-

klagten nicht blos als Grund seiner Herausforderung angibt, sondern diese seine Behauptung mit in die Herausforderung aufnimmt. Hiernach wird sein Einsatz für die Wahrheit dieser Behauptung, für die Wahrheit dieses anticipirten Urtheils gemacht; der Sinn der Behauptung ist oben (S. 32) vorläufig angegeben worden. Die Annahme nämlich, dass der Kläger seine provocatio mit *quando tu injuria vindicavisti* nur motivirt, ist ausgeschlossen; nur die Bekanntmachung seines Motivs ist etwas Ueberflüssiges, etwas Nutzloses. Ferner hängt die Behauptung *quando tu injuria vindicavisti* aufs Engste mit der vorausgehenden des Beklagten zusammen, und diese wieder (s. § 24, § 25) mit der vorausgehenden Forderung (*Postulo* ...) wie wiederum diese Forderung mit der ersten Behauptung des Beklagten (s. § 25): kurz, die ganze mündliche Verhandlung ist auf die Behauptung *quando tu injuria vindicavisti* zugespitzt, sie muss darin auslaufen, es kann der Kläger nicht schon nach dem mittere der Sache sagen *quando tu injuria vindicavisti*, es muss zuvor der Beklagte *jus feci sicut vindictam imposui* gesagt haben, und dass er dies sagen könne, muss er aufgefordert worden sein mit *Postulo* ..., und dass solche Aufforderung ergehen könne, muss ... — auf alles dieses wird später (§ 25) zurückgekommen werden. Es ist sonach eine Formel auf die andere gebaut, also dass die nachfolgende die vorhergehende voraussetzt. Bei dieser Anlage der Formeln aber muss das *quando tu injuria vindicavisti* mehr sein, als nur Motiv der provocatio; grammatisch und logisch ist es Motiv, processualisch auch Theil der provocatio, nämlich die Behauptung, für welche der Kläger seinen Einsatz macht und unter Vorausschickung welcher er den Gegner herausfordert. Daraus ergibt sich Mehreres. Wenn der Kläger unter, somit

auch mit der Behauptung *quando tu injuria vindicavisti* den Beklagten herausfordert, so muss der Beklagte, wenn er den Process weiter führen will, antworten und dazu die Herausforderung annehmen. Der Fehdehandschuh des Klägers trägt die Worte *quando tu injuria vindicavisti,* die Annahme der Herausforderung ist die Aufnahme dieses Fehdehandschuhes. Würde der Beklagte herausfordern, *quando injuria vindicavit* der Kläger, so wäre das nicht Annahme der Herausforderung des Klägers, da die Behauptung, dass der Kläger *injuria vindicavit* mit des Klägers Behauptung, dass der Beklagte *injuria vindicavit,* verträglich ist, es wäre eine neue Herausforderung. Oder, wenn selbst des Beklagten Herausforderung *quando injuria vindicavit* der Kläger Annahme der klägerischen Herausforderung wäre, so wäre sie doch auch eine neue Herausforderung, dieser neuen Herausforderung aber würde die Annahme fehlen. Wenn danach der Beklagte auf das *quando ... provoco* kurz antwortet *Et ego te* (nach Anderen *Similiter ego te*), so ist das Annahme der Herausforderung des Klägers; als solche aber kann sie keinen anderen Sinn haben, als dass der Beklagte des Klägers Behauptung, dass er (der Beklagte) *injuria vindicavit* verneint, er macht also seinen Einsatz für diese Verneinung. Seine Verneinung braucht er nicht mehr beonders auszudrücken, da er schon vorher gesagt hat *jus feci;* seine Verneinung braucht er nicht mehr besonders auszudrücken, da sie in der Annahme der mit *quando tu injuria vindicavisti* eingeleiteten Herausforderung liegt: dass er diese Einleitung nicht bejaht, wie dass er sie stillschweigend verneint, ist gleich selbstverständlich. Er sagt *Et ego te* mit zu ergänzendem *provoco,* als die kürzeste und deutlichste Annahme des klägerischen *provoco;* auch im Deutschen kann auf „Ich

fordere Dich heraus" die Antwort ergehen „Und ich Dich". Alles Gesagte bleibt bestehen, auch wenn uns das folgende *l asses sacramenti nominabant* zu dem Schlusse berechtigte, dass der Beklagte auch die Sacramentssumme in seiner Antwort nennen konnte. Dass seine Antwort nicht eine durch *quando tu* (Kläger) *injuria vindicavisti* begründete ist, wird weiter unterstützt durch dieses. Der Gedanke *quando tu* (Kläger) *injuria vindicavisti* ist vorher noch nicht ausgesprochen, und da die Antwort des Beklagten nur lautet *et ego te*, so müsste auch für diesen Gedanken eine Ellipse angenommen werden. Eine solche kann aber nicht angenommen werden für einen Gedanken, der bei der vorausgesetzten Antwort so bedeutsam und wesentlich ist. Es verhält sich damit ebenso wie oben (S. 16) mit dem *unde vocasti ... inde revoco*, wo ebenfalls nur ein ausgesprochener Gedanke in Bezug genommen sein kann, und wo die Antwort *unde ... inde revoco* wie hier *et ego te* die Verneinung der Behauptung ist, mit der der Kläger seine Ausforderung eingeleitet und begründet hat. Endlich setzt nach dem erwähnten Aufbau der Formeln der Legisactio die wirkliche, also auch die zu supplirende, Behauptung *quando tu injuria vindicavisti* voraus, dass zuvor *jus feci sicut vindictam inposui* behauptet worden ist, welchem *jus feci* wiederum die Forderung *Postulo* ... vorausgeht. Aber *postulo* ..., *jus feci* ..., und *quando tu injuria vindicavisti* ist nur Ein Mal vorhanden und mit Grund, wie sich § 24 u. § 25 ergeben wird. Huschke's Behauptung (Multa 435), dass „beiderseits das injuria vindicavisse des Gegners... als Grund der Provocation angeführt wird", ist bewerkstelligt worden durch eine Textänderung, die schon oben S. 25 aus einem Grunde verworfen worden ist, und im § 24 aus weiteren Gründen zurückgewiesen werden wird.

§ 15.

Aus dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten ergibt sich, dass nach den von Gaius mitgetheilten Formeln der legis actio sacramento in rem der Einsatz des Klägers gemacht wird für, der Einsatz des Beklagten gemacht wird gegen des Klägers Behauptung *quando tu injuria vindicavisti.* Sind sonach die sacramenta nicht bestellt für zwei Behauptungen, welche beide wahr (Unrechtmässigkeit der Vindication) noch auch für zwei Behauptungen, welche beide unwahr (Zuständigkeit des Eigenthums) sein können, so vermag der erkennende Richter nicht anders zu befinden, als dass das eine sacramentum justum, das andere injustum ist. —

Nachdem manches Jahr die Ansicht geblüht hatte, dass in der sacramenti actio in rem der Kläger wie der Beklagte über die Rechtmässigkeit ihrer eigenen Eigenthumsbehauptung, oder über die Unrechtmässigkeit der gegnerischen zu wetten, zu schwören, eine Succumbenzstrafe zu erlegen, kurz einen Einsatz zu machen haben: ist man noch nicht lange (vgl. z. B. Keller, Civ. Pr. § 13) auf den nahe liegenden Fall aufmerksam geworden, dass beide Parteien im Unrecht, dass somit die sacramenta beide injusta sind. Da man nun mit Recht den Richter über beide sacramenta sich aussprechen, desswegen auch über die Behauptungen, für welche die sacramenta gesetzt sind, erkennen liess, so ergab sich die missliche Aufgabe zu bestimmen, wie es in dem erwähnten Falle beiderseitigen Unrechts gehalten werden solle. Eck, doppelseit. Klagen 16/17 sucht sie durch Aufstellung der Vermuthung zu lösen, dass „wenn kein voller Beweis quiritarischen Eigenthums erbracht war, der Richter allemal zu Gunsten desjenigen entschied, welcher das

relativ bessere Recht, beziehungsweise den jüngeren Besitz der Sache dargethan hatte." s. dagegen Bekker, Aktionen 1,210 Note und Karlowa, LAen. 86. Bekker a. a. O. 209 statuirt eine Processvorschrift, wonach wenn sich herausstellte rem Agerii (des durch die Vindicienertheilung an den Gegner zum Kläger Gemachten) non esse, ohne Rücksicht auf die Beweisfälligkeit des Numerius „das formal-processualische Resultat dahin ergeht rem Numerii esse." Ihering, Geist § 52 N. 114b lässt beide sacramenta für injusta erklärt werden, den Staat von beiden Theilen das Succumbenzgeld einziehen und findet sich mit Varro, L. L. 5, 180 *qui judicio vicerat suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat* dadurch ab, dass er sagt, in dem vorausgesetzten Falle „war Niemand da: *qui judicio vicerat.*" Allein ein *victus* ohne Einen *qui vicerat* ist nach römischer Auffassung undenkbar. Gleich Ihering ist Karlowa, LAen. 86/7 der Ansicht, „dass das Gericht in diesem alten Eigenthumsprocess beider Vindicanten sacramenta für injusta erklären konnte, wenn es keinem von beiden gelungen war, sein Eigenthum zu erweisen," bekennt aber auch, dass „sich nach jener Entscheidung die Angelegenheit in demselben status, wie vor Beginn des Processes (befand)." Huschke erklärt zwar (Multa 455 vgl. 454), dass „der Richter über das beiderseitige sacramentum, ob justum oder injustum, doch auch und zwar jedenfalls und in erster Stelle urtheilen muss", meint aber S. 458: „Uebrigens musste in dinglichen Klagen dem Richter frei stehen, auch ohne alle litis addictio an den Einen oder Anderen und ohne sich über das sacramentum des Gegners auszusprechen blos das sacramentum des Klägers . . . für injustum zu erklären . . ." Dies scheint mir der oben erwähnte Punkt, wo Huschke seine Grundansicht im Stiche

lässt. Denn wenn er anmerkt, dass stets über beide sacramenta habe erkannt werden müssen, beruhe auf weiter Nichts, als der irrigen Auffassung des sacramentum als einer Processwette, so halte ich dies insofern für irrig, als mir dieselbe Nothwendigkeit auch aus seiner Auffassung zu folgen scheint. Wenn die jurisjurandi sacratio vorgenommen worden ist, schwebt Wer sie vorgenommen hat zwischen Himmel und Erde; durch die Leistung des sacramentum ist eine Sühnschuld entstanden (440), zwar wird vor Offenbarung des Frevels Wer sich sacrirt hat der Gottheit noch nicht „geschuldet“ (375 vgl. 366), aber diese hat doch einen bedingten Anspruch auf ihn (440), da die sacratio bedingt gefasst ist (378. 438). Ich glaube demnach, dass nicht nur im Interesse der Gottheit, welche der Richter vertritt (455), ein öffentlicher Ausspruch darüber erfolgen muss, ob Wer sich ihr bedingt für verfallen erklärt hat, ihr wirklich verfallen sei, sondern auch im Interesse der Partei selbst und ihrer Mitbürger, da ihre fernere Theilnahme an der religiösen Gemeinschaft durch die Sacration in Frage gestellt worden ist. Auch blos menschlich angesehen, lässt sich schwer denken, dass Tempelpriester sich mit einem Opfer begnügt haben sollten, wenn leichtlich zwei mit so viel fas zu erlangen standen. Huschkes Auffassung befremdet um so mehr, als er sowohl den nüchternen juristischen Grundsatz anzieht, wonach der nicht besitzende Kläger schon unterliegt, wenn er selbst sein Recht nicht beweist, als auch den Richter über das sacramentum nicht minder, wie über die lis sprechen lässt. Er konnte danach, wenn auch dem Beklagten Eigenthum fehlte, den Kläger nach menschlichem Recht abweisen und den Beklagten obsiegen, und doch beide die Folgen ihres falschen Eides, die in einer anderen Sphäre liegen, tragen lassen.

Nach dem Eingangs dieses Paragraphen Bemerkten kann der Fall, für den die genannten Gelehrten eine Entscheidung suchen, im römischen Processe niemals vorgekommen sein, gerade die Gestalt der Legisactio hat einen Ausgang des Judiciums verhindert, wie ihn diese Schriftsteller voraussetzen, und es hat schon in alter Zeit von beiden Parteien das Wort gegolten: ***Ad judicium, hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus.*** Cic. Rosc. com. 4. Für dieses genehmere Ergebniss spricht noch ein argumentum e silentio, das nicht schwächer ist, als ein solches zu sein pflegt. Ga. IV, 13 sagt. *qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine eaque in publicum cedebat* und hat wie aus den Worten selbst und der Zusammenstellung mit der sponsio und restipulatio bei der actio certae pecuniae hervorgeht, nur den Fall im Auge, dass ein sacramentum verfällt. Dass er von der sacramenti actio überhaupt redend nur an die actio in personam gedacht habe, kann nicht angenommen werden. Hat er aber auch an die actio in rem gedacht, dann ist seine Angabe unvollständig, insofern sie den Fall ausschliesst, dass beide sacramenta verfallen und, dass, weil Niemand *vicerat* auch Keiner da ist, *qui victus erat.* Hält man dagegen gemäss der hier vertretenen Meinung diesen Fall niemals für gegeben, dann ist Gaius' Angabe vollständig. Das Gewicht dieser Erwägung wird dadurch vergrössert, dass sie auch gegenüber Varro, L. L. 5, 180 anzustellen ist. Wer über das Schicksal der ad pontem deponirten sacramenta berichtet, hat Anlass den Fall zu erwähnen, dass beide an das Aerar fallen. Thut er es nicht, dann ist er unvollständig; oder aber er ist vollständig, weil mangels des Falles jener Anlass nicht vorhanden ist.

Schliesst man sich der diesseitigen Meinung an, wo-

nach über und nur über das injuria vindicavisse des Beklagten die sacramenta bestellt wurden, welches vindicavisse nicht eine Behauptung von Eigenthum ist (Karlowa, Beitr. 22) und welches injuria vindicavisse bei Vorhandensein von Eigenthum des Klägers vorhanden ist, also dass eben dies Verhandensein in judicio untersucht wird: dann ist klar, dass das sacramentum des Klägers für justum erklärt werden musste, wenn der Beklagte injuria vindicavit d. i. im Fall der Kläger seine Eigenthumsbehauptung erwies; folgeweise und aus demselben Grunde musste des Beklagten sacramentum für injustum erklärt werden. Hatte der Kläger seine Eigenthumsbehauptung nicht erwiesen, dann wurde sein sacramentum für injustum erklärt, da der Beklagte nicht injuria vindicavit, und des Beklagten sacramentum wurde für justum erklärt. Bei dieser Darstellung ist vorausgesetzt, dass die Rolle des Klägers wie die des Beklagten im judicium immer von derselben Person agirt wird, welche sie in jure agirt hat, eine Voraussetzung, welcher Gaius' Bericht nicht entgegensteht und in der Folge mehrere Befestigung zu Theil werden wird. Dieser Darstellung widerspricht nicht, dass die lex Papiria bei Festus (v. *sacramentum*) von den Dreimännern sagt *sacramenta exigunto,* da die Mehrzahl auf die Mehrzahl der in der Folge beizutreibenden Sacramente geht; so wenig als die Mehrzahl *sacramenta non justa* bei Arnob. adv. gent. 4, 16 i. f., da in dem dortigen fictum exemplum (Cic. Top. 10) fünf Göttinen als unter einander hadernd vorgestellt werden; so wenig endlich als der Umstand, dass höchst wahrscheinlich über beide sacramenta ein richterlicher Ausspruch erfolgte, da Solches auch durch die Rücksicht auf Dritte geboten war, welche entweder die sacramenta in Händen (Varro, l. c.), oder mit eigener Cognition über

die Beitreibung zu befinden hatten (Festus, l. c.), oder sich für die Erlegung verbürgt hatten (Ga. IV 13 u. 16), eine Rücksicht, welche bei dem von Rudorff zu Puchta, Inst. § 161 N. v. a. E. (vv. „Ebenso wenig hätte dann ...") erhobenen Einwand nicht in Betracht gezogen ist.

§ 16.

Aus der bisherigen Betrachtung der Legisactio hat sich ein Argument für die Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung des Beklagten nicht gewinnen lassen, und im § 25 wird die Legisactio sogar eines gegen dieselbe an die Hand geben. Hier aber muss constatirt werden, dass sich die Sacramentsbestellung wie das Urtheil über die Sacramente einstimmend mit den Formeln der Legisactio sehr wohl oder allein wohl construiren lassen, wenn jene Nothwendigkeit nicht vorausgesetzt wird. Denn bei der im § 14 als nächstliegend erkannten Bedeutung der Formeln der sacramento provocatio wird von der etwa erfolgten Eigenthumsbehauptung keinerlei Gebrauch gemacht, sie kommt nicht in's Haupt-, in das Sacramentstreffen und braucht darum auch zuvor nicht „aufgestellt" zu sein. Wenn aber irgendwo, müsste im eigentlichen Sacramentsverfahren die gesuchte Nothwendigkeit in die Augen springen. Hiermit nun ist die o. S. 45 geäusserte Bedingung erfüllt, also der Fall gegeben, dass wir an dem Dogma der Nothwendigkeit nicht länger festhalten und nicht glauben dürfen durch das hiernächst Vorkommende zu seiner Annahme genöthigt zu werden.

Nachdem Gaius die Thätigkeit des Klägers von *qui vindicabat* bis *festucam inponebat* geschildert hat, sagt er vom Beklagten: *Adversarius eadem similiter dicebat*

et faciebat. Man möchte vielleicht, in der Meinung, dass er auch nur *adversarius eadem dicebat et faciebat* gesagt haben könnte, *eadem* durch *similiter* abgeschwächt, die volle Gleichheit dadurch aufgehoben finden und demnach übersetzen: ähnlich dasselbe. Für die Verbindung *eadem similiter* scheint kein weiteres Beispiel aus Gaius' Schriften beigebracht werden zu können, so dass die versuchte Deutung nicht wahrscheinlich zu machen ist. Auch ist der Sinn, in dem *similiter* sonst von Gaius gebraucht wird (I 123. 132. 183. 193. III 165. 175. 191.206. IV 52, ferner 6 D 8,2. 32 p D 9,2. 19 D 10,2. 1 § 7 D 38,10. 35 § 5 D 18,1) der allgemeine von „in gleicher Weise", „ebenfalls", „gleichfalls"; und lässt sich auch in den Fällen von I 129. 195c. II 160. III 24. IV 17. 37. 53a, besonders 119, und 17 § 1 D 23,2 ein Unterschied wohl bemerken und mit dem Sinn von „in ähnlicher Weise" auskommen, so ist doch diese Grenze viel zu schwankend, als dass man sich an den Gegensatz von Identität und Aehnlichkeit halten könnte, daher *similiter* bei dem Verbum *dicebat* zu belassen und nicht auf *eadem* zu beziehen ist. Dies endlich auch darum, weil Gaius für den durch *similiter* abgeschwächten, wenn nicht aufgehobenen Begriff von *eadem* doch wohl einen kürzeren Ausdruck gewählt haben würde. — Das facere des Klägers besteht im adprehendere der Sache und im festucam inponere. Dass auch der Beklagte die festuca auflegt, bezeugt er selber durch *sicut vindictam inposui;* an den begleitenden Worten *ecce tibi vindictam inposui* kann es auch nicht gefehlt haben (Keller, Civ. Pr. N. 213 „untrennbar"). Wenn er nun wie natürlich seine etwaige Verneinung der klägerischen Behauptung mit *hunc ego hominem* begänne, würde sich zu dem Worte *hunc* auch die Geberde des adprehendere gesellen: in Summa also der Beklagte kein anderes

facere vornehmen, als der Kläger. Eine Rede, die, wie des Klägers mit *ecce tibi vindictam inposui* endigt, aber anfängt mit *hunc ego hominem e. j. Q. tuum esse nego* hat Gaius schwerlich noch unter dem *eadem* begriffen; nicht unmöglich indessen, dass er solche Rede für rechtlich zulässig haltend, des Beklagten Thun aber als völlig gleich dem klägerischen erkennend nicht breit sagen wollte *prope eadem dicebat et eadem faciebat.* Näher liegt, dass er gemeint hat was er gesagt hat, also: der Gegner redete und that dasselbe ebenfalls, d. i. nun, er redete *Hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo*, eine positive Rechtsbehauptung. Dass Gaius dies gemeint hat, wird unabweislich dadurch, dass er von beiden Parteien sagt *cum uterque vindicasset* und vom Kläger *qui prior vindicaverat*, also dass er auch vom Beklagten *vindicare* sagt. Im Sprachgebrauch seiner Zeit benennt er des Klägers Thätigkeit *vindicare,* weil er in dessen Formel *hunc ego hominem e. j. Q. m. esse ajo* die intentio der formula petitoria seiner Zeit wieder sieht *Si paret hominem . . . e. j. Q. Auli esse,* welches intendere ihm ein *vindicare* ist II 194. ob. § 9. War er nun im Sprachgebrauch seiner Zeit so befangen — ein Zustand, der ihm wahrlich nicht zur Unehre gereichen würde — dass er das in den Formeln der Legisactio vorkommende *vindicaveris* und *vindicavisti* im Sinne seiner Zeit nahm (ob. § 9 z. Anf.), dann konnte, musste er darum von der Thätigkeit des Beklagten *vindicare* sagen. War ihm aber die Thätigkeit des Beklagten ein *vindicare* nach den Formeln *qua ex causa vindicaveris* und *quando tu injuria vindicavisti* wie ihm die Thätigkeit des Klägers ein *vindicare* war nach der Formel *hunc ego hominem e. j. Q. m. e. ajo,* dann konnte er jene kurz zusammenfassen mit *eadem similiter dicebat et faciebat,* also geleitet sein von dem Gedanken, dass das wovon *vindicare* gesagt werde

auch das sei, was er selbst mit *vindicare* bezeichne. Eine solche menschliche Erklärung kann sich die grosse, unten § 22 zu bemerkende Wahrscheinlichkeit zugesellen, dass für Gaius und seine Zeit auch aus einem anderen Formelstück, dem *secundum suam causam*, der einstige Sinn entwichen war. Es entspricht ganz dem historischen Hergang, dass Formen und Formeln bleiben, auch wenn ihre Urbedeutung entschwunden ist, und dass an die Stelle der ursprünglichen allgemein gekannten, durch den Volksgeist oder durch gelehrte (mitunter auch aftergelehrte) Forschung eine von ihr verschiedene gesetzt wird.

Wie aber, wenn Gaius geschildert hätte, was er selbst noch täglich sehen und hören konnte, wie, wenn in Centumviralsachen die legis actio sacramento in rem in seinen Tagen vorgenommen werden konnte und vorgenommen wurde? Auch dann hätte er zwar die angeführte Erwägung anstellen und damit zu dem Ergebniss kommen können, das uns vorliegt, aber doch nur, wenn dem auch die Wirklichkeit entsprach. Aber wenn in diesen Fällen zu seiner Zeit auch der Beklagte ein Recht behauptete, was in einem Fall wie Cic. d. Or. 1, 38, 175 ganz natürlich war — die o. § 2 geäusserten Bedenken traten unter der Vorherrschaft der sponsio und petitoria formula nicht auf, und die auctoritas z. B. war vor der duplae stipulatio und dem empti judicium zurückgetreten — war es darum immer, in allen Fällen so? Wie dagegen endlich, wenn Gaius auch für die Legisactio, die er schildert, eine Formel als alte im Sinne gehabt hätte, die der klägerischen gleich war, die er nur nicht mittheilte, um nicht zu wiederholen und um sich kürzer fassen zu können? dann freilich würde er *eadem dicebat* mit gutem Bewusstsein sagen. Allein sagt Gaius auch, dass der Beklagte dasselbe sprechen m u s s t e, musste wofern

nicht das und das erfolgen sollte? Das Letztere augenscheinlich nicht. Auch das Erstere, „musste" sagt er nicht, aber „musste" sagt er von keiner der Thätigkeiten, die er angibt, sagt z. B. nur *qui prior vindicaverat dicebat*. Es besteht nicht eine äussere, wohl aber die Nothwendigkeit, welche überhaupt im Process besteht, welche z. B. bei *necessitas probandi* (21 D 22,3) gemeint ist. Nothwendig ist die Handlung insofern, als die Unterlassung den und den Nachtheil bringt. Für die Unterlassung von Eigenthumsbehauptung durch den Beklagten hat sich ein solcher nicht zeigen lassen, wohl aber hat sich gezeigt, dass mit der Nothwendigkeit der Vornahme eine Reihe von schweren Unzuträglichkeiten verbunden ist. Aber muss denn Gaius, wenn er sonst nicht Müssen sagt, aber Müssen meint, auch hier, wo er Müssen nicht sagt, Müssen meinen? Sonst ist das Müssen klar begründet, hier unbegründet. Die Stellung des Beklagten ist von der des Klägers wesentlich verschieden. Dieser hat das vorwiegende Interesse am Process, er fängt ihn an und führt ihn weiter. Insofern thut ihm der Beklagte genug, wenn er ihm Widerpart hält. Dass der Kläger formuliren könne *quando tu injuria vindicavisti* muss der Beklagte zuvor gesagt haben *jus feci sicut vindictam inposui*, dass aber der Prätor befehlen könne *mittite ambo hominem*, braucht der Beklagte nur die festuca angewandt, muss nicht auch Eigenthum behauptet haben. Ebenso secundär ist die Rolle des Beklagten bei den übrigen modi lege agendi. Da bei der pignoris captio *certis verbis pignus capiebatur*, aber *plerumque etiam absente adversario* (Ga. IV 29), können die Worte nur von dem als Kläger anzusehenden Theil ausgegangen sein. Bei der l. a. per manus injectionem ist der *actor, qui agebat* derjenige, der die certa verba

spricht und sich entsprechend geberdet. Von der l. a. per condictionem heisst es: itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam *actor* adversario denunciabat. Die litterae singulares bei Probus *T(e) P(raetor) J(udicem) A(rbitrum) V(e) P(ostulo) U(ti) D(es)* werden auf die l. a. per jud. post. bezogen und können kaum einem Anderen als dem Kläger beigelegt werden. Endlich sind überhaupt sämmtliche litterae singulares in legis actionibus bei Probus derart, dass keine Formel recht in den Mund eines Beklagten passt. Auch dies zeigt, wie viel bedeutsamer die Form für den Kläger, denn für den Beklagten ist. Wo Gaius von einer Person sagt *lege agere* meint er die Klägerpartei, vgl. auch *actionibus uti* in IV 29, und Cic. d. Or. 1, 10, 42. 1, 36, 167. 1, 38, 175. Verr. 1, 45. Caec. 33. Corn. Nep. Timol. 5. Val. Max. 7, 7, 5 und die bei Bekker, Akt. 90 N. 25 citt. Stellen. Besteht die Rolle des Beklagten im Legisactionenprocess wesentlich darin, dem Kläger in der Art Widerstand zu leisten, dass dieser lege agere kann, dann thut in unserer Legisactio der Beklagte genug, wenn er dem wörtlich und thätlich Gewalt zeigenden Angriff, dem vindicare des Klägers, die gleiche Abwehr, ein vindicare entgegensetzt, des Klägers feierliche Behauptung von Eigenthum aber mit einer gleich feierlichen Verneinung zurückschlägt. Gaius' Bericht *eadem similiter dicebat* bezeichnet eine mögliche Form, vielleicht die zu Gaius' Zeiten gewöhnliche Form der Vertheidigung, nicht aber eine Form, welche von der Legisactio gefordert wird.

Die Erörterung dieses Paragraphen ist nicht gegen, sondern für Gaius, sie ist bestimmt zu zeigen, dass das Bild, das man, wie sich ergeben hat und weiterhin ergeben wird, von der Legisactio durch ihre Formeln, also durch sie selbst erhält, nicht beeinträchtigt wird durch

das, was Gaius bei seiner Schilderung den alten Formeln hinzufügt. Ganz anders und wenig angenehm für Gaius ist das Verhältniss der Schriftsteller zu ihm, welche in der herkömmlichen Ansicht als nothwendig fordern, dass dem *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* eine gleiche Rede entgegengesetzt werde, dass also das *eadem dicebat* nothwendig Statt finde. Folgende Beispiele mögen genügen. „Wird ein Mensch als Sklave vindicirt, so kann der Contravindicant als Adsertor behaupten, er sei ein freier Mensch", sagt B.-Hollweg, a. a. O. S. 138, vgl. besonders Puntschart, a. a. O. 315 ff. Aber wenn ein Mensch als Sklave vindicirt wird, so kann dies nur mit der Behauptung *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* geschehen, denn es gibt zwar servi sine domino, aber dass es eine actio *hunc ego hominem servum esse ajo* gegeben habe, wird wohl Niemand aufstellen. Jedenfalls war die Behauptung *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* eine in rem actio und Eigenthumsklage wie sie im Buche (Ga. IV 16) steht, ob hic homo sich im Besitze eines Anderen befand oder des Besitzes der Freiheit erfreute. Wenn nun „der Contravindicant als Adsertor behaupten kann, er sei ein freier Mensch", so ist er damit von der Nothwendigkeit des *eadem dicebat* gegenüber der Eigenthumsbehauptung entbunden. — „Wenn der Kläger seine Klage auf das Ganze gerichtet hatte", so bezweifelt Ihering, Geist III 2 A. S. 99 „nicht, dass der Beklagte auch in diesem Fall mit der Contravindication seines Theils zugelassen wurde" — und wir bezweifeln nicht, dass dies eine Entfernung von dem als nothwendig gedachten *eadem dicebat* des Gaius ist. Das Selbe gilt von der von Eck, a. a. O. S. 23 gemachten Annahme, dass wenn gegen den besitzenden Niessbrauchsprätendenten die Eigenthumsklage erhoben, also *hunc ego*

hominem e. j. Q. meum esse behauptet wurde, „hier gleichzeitig jeder Theil aus seinem Rechte klagte", da Solches nicht möglich ist, wenn Eigenthumsbehauptung nothwendig ist. Nach Huschke, Multa S. 428 N. 203 konnte der Beklagte „sich in diesem Falle einfach dadurch helfen, dass er dem behaupteten *meum esse* des ersten Vindicanten die Behauptung eines *usum fructum meum esse* entgegensetzte, was wegen der Incongruenz beider Behauptungen, die einen Rechtsstreit unmöglich machte und weil der Niessbrauch als das Speciellere dem Eigenthum derogirt, den ersten Vindicanten nöthigte(n) negatorisch zu klagen". Dies ist ein Abfall von der Nothwendigkeit der Vertheidigung mit Eigenthumsbehauptung insofern, als hier die Unterlassung der letzteren dem Beklagten keinerlei Nachtheil bringt. Consequenz dagegen bekundet Karlowa, LAen. S. 92 Note in der Bemerkung: „Erhob der Eigenthümer dem Niessbrauchsprätendenten gegenüber die rei vindicatio, so musste dieser entweder Eigenthumsbehauptung entgegensetzen oder die Zusprechung der Sache an den Vindicanten gewärtigen. Er konnte aber sofort die Klage aus dem Ususfructus gegen den Eigenthümer erheben und diesen zur Opponirung der negatoria nöthigen".

Die in dieser Schrift geltend gemachte Vertheidigungsart des Beklagten bei der in rem actio sacramenti ist bisher und weiterhin gegründet auf den Mangel an zureichenden Beweisen für die von Anderen angenommene abnorme Vertheidigungsart, wie vornehmlich auf den Bau der Legisactio selbst. Es ist vielleicht dieses Orts noch zweier Zeugnisse zu gedenken, welche unserer Auffassung zu Gute kommen, sie zwar nicht erweisen, aber mehr zu ihr als zu der entgegengesetzten passen. Cicero (epp. ad Fam. 7, 32) beklagt sich über den Adres-

saten Volumnius, dass *parum diligenter possessio salinarum mearum a te procuratore defenditur*, indem sich dieser nicht genügend widersetze, wenn seit Cicero's Abreise *omnia omnium dicta* auf diesen übertragen, diesem zugeschrieben würden, und fordert ihn auf, wenn ein Ausspruch nicht witzig, scharf, bedeutend, oder elegant u. s. w. erscheine: *ut sacramento contendas mea non esse.* Eine legis actio ist natürlich undenkbar, um so mehr als für die Klägerseite eine Behauptung *Ciceronis esse*, also ein alieno nomine agere gesetzt werden müsste. Aber besser, weil an Geläufiges anknüpfend, erscheint doch Cicero's Witz, wenn *sacramento contendere meum non esse* Ausdruck für eine mögliche Prozessform ist, als wenn scherzhaft auch noch diese Möglichkeit fingirt ist. — Es heisst bei Varro, L.L. 5, 180: Ea pecunia quae in judicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui *infitiabatur*, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant . . . *Infitiari* geht allenthalben auf eine directe Verneinung und nicht auf eine positive Behauptung, welche erst durch ihre rechtliche Unverträglichkeit mit einer anderen zuvor aufgestellten zur Bestreitung dieser wird. vgl. Cic. Auct. ad Her. 1, 17. Ga. IV, 173. 2 § 1 cf. 23 § 10 D 9,2 u. 4 C 3,35. 68 p. cf. 1 § 2 D 47,2, besonders Plaut. Curc. 4, 2, 3 u. 4: Et aurum et vestem omnem suam esse aiebat quam haec haberet, wo die Antwort *Nemo it infitias* so gut auf das *suam esse* als das *aiebat* gehen kann. Hält man nun daran fest, dass des Beklagten Erwiderung in der legis actio sacramento in rem nicht eine Negation sein konnte, dann muss angenommen werden, dass Varro nur die actio in personam im Auge hat, dass er also unvollständig ist, weil er die actio in rem nicht berücksichtigt, und unvollständig ist, obwohl er allgemein vom

sacramentum und seiner Anwendung spricht. s. auch Puntschart, a. a. O. S. 316 al. 3 gegenüber S. 224 g. E. S. 239 unten, 240 oben.

§ 17.

Die in diesem und den folgenden Paragraphen Statt findende Betrachtung von Erklärungen, welche für die angenommene Anomalie einer Vertheidigung durch Eigenthumsbehauptung aufgestellt worden sind, wird Gelegenheit zur Behandlung der übrigen Theile der Legisactio und damit zur Befestigung unserer abweichenden Auffassung geben. — Nach Huschke, Multa S. 459 hat „die Contravindication mit dem beiderseitigen sacramentum" in Hinsicht auf die streitige Rechtsfrage „nur die Bedeutung namentlich für den Fall, dass der Kläger einen Erwerb der Sache erweist, dem Beklagten das Vertheidigungsmittel auch formell möglich zu machen, welches ihm materiell mit freiwilliger Beweisübernahme eben so wohl im späteren Processe ipso jure zusteht, dass er vielmehr durch einen späteren Erwerb zur Zeit der litis contestatio Eigenthümer gewesen sei" ... Wenn es im judicium so formlos herging, wie allgemein zugestanden wird, dann wird der Beklagte auch zur Zeit der Legisactionen, wofern der Richter es zuliess, den Beweis seines Eigenthums haben übernehmen können. Jedenfalls ist ein Nachweis vonnöthen, dass ihm diese Uebernahme in dem Fall zu versagen war, wo er nicht schon in jure Eigenthum behauptet hatte. Indem aber Huschke die Bedeutung der s. g. Contravindication für die Rechtsfrage nur (oder wird dies durch „namentlich" wieder aufgehoben?) in den angegebenen Zweck setzt, arbeitet er unserer Auffassung erfreulich in die Hände. Denn dann war es

unzweckmässig, ja zweckwidrig, die Eigenthumsbehauptung seitens des Beklagten allgemein d. h. auch in den Fällen zu verlangen, wo der Beklagte sich jenes Vertheidigungsmittel zu sichern nicht im Stande, oder nicht gewillt war. s. § 2. „Träte“, meint Bekker, Aktionen, 1, 208, dem *aio rem meam ex i. Q.* des Einen „der Andere mit einfacher Negation entgegen, so läge überall kein Grund vor, die Sache unter Umständen diesem Andern zuzusprechen; auch würde aus dem Verfahren selber nicht ersichtlich, was der Andere für eine Berechtigung hätte, die Behauptung des Ersten in Zweifel zu ziehen. Kurzum man bekäme einen Prozess ohne rechten Grund und Zweck von sehr problematischer Nützlichkeit; denn mit der rechtlichen Feststellung, dass die Sache dem Einen nicht zukomme, ohne jedes positiv ergänzende Element dieses Ausspruchs, wäre überall wenig gewonnen.“ Bei dieser Auffassung wäre wohl auch der Process mit formula petitoria ein Process ohne rechten Grund und Zweck; denn hier wird aus dem Verfahren nicht ersichtlich, was der Andere für eine Berechtigung hat, die Behauptung des Ersten in Zweifel zu ziehen, denn hier wird auch bei einfacher Negation die Sache dem Andern zugesprochen, insofern sie dem Einen nicht zugesprochen wird, während es unerweislich ist, dass dort dem Andern die Sache in einem anderen Sinn noch zugesprochen werden muss. Dem letzten Einwand, dass mit der rechtlichen Feststellung, dass die Sache dem Einen nicht zukomme, ohne jedes positiv ergänzende Element dieses Ausspruchs, wenig gewonnen wäre, könnte durch die von Bekker S. 209 statuirte Processvorschrift abgeholfen werden, dass dem Befund *rem Agerii non esse* auch die Erklärung *Numerii esse* zu folgen habe. — Nach B.-Hollweg a. a. O. S. 132 „entsprach“ die vollkommene Gleichheit der Parteirollen

bei der ersten Verhandlung des Rechtsstreits der „Eigenthümlichkeit derselben, wonach die thatsächliche Verletzung des klägerischen Rechts, die widerrechtliche Anmassung des Besitzes, überhaupt der Besitz des Beklagten, obgleich Voraussetzung der Klage, doch nicht als Fundament derselben zum Ausdruck kam." Genau dieselbe Eigenthümlichkeit hat die formula petitoria, auch hier kommt, wie die Worte *S. P. rem d. q. a. c. j. Q. A'. A'. esse* zeigen, der Besitz des Beklagten nicht als Fundament der Klage, sondern nur in der condemnatio mittelbar in der Clausel *nisi arbitratu tuo restituet* zum Ausdruck. Da nun im Formularprocess sicherlich hier nicht Gleichheit der Parteirollen bestand, so kann die angebliche Gleichheit der Parteirollen in der Legisactio nicht für etwas der bemerkten Eigenthümlichkeit Entsprechendes erklärt werden. „Die Legisactio, heisst es weiter, stellt den reinen Rechtsstreit den Conflict zweier hypothetisch gleich berechtigter Willen dar, der vollständig nur da vorhanden ist, wo Beide das Eigenthum derselben Sache für sich in Anspruch nehmen". Wenn man überhaupt (in Absicht auf Eigenthumsbehauptung) von einem Willensconflict reden kann, so scheint mir ein solcher Conflict nicht minder vollständig vorhanden zu sein, wenn der Bejahung des Eigenthums von der einen, die Verneinung des Eigenthums von der andern Seite entgegengestellt wird. Sollte aber auch ein solcher Conflict nur bei beiderseits erfolgter Eigenthumsbehauptung vollständig gegeben sein, so erhebt sich die Frage, warum einen so vollständigen Conflict heischen, da doch seine Nothwendigkeit eine Mehrheit von Uebelständen erzeugt. — Nach Dernburgs Ansicht (Heidelberger Krit. Zeitschr. 1, 466) lag dem Verfahren bei der l. a. sacr. in rem folgende Anschauung zu Grunde. „Eigenthum gibt dem Berechtigten unbedingte Herrschaft

über eine Sache und damit die Befugniss sich derselben ohne Weiteres zu bemächtigen, falls er ausser Besitz ist; denn der blosse Besitz eines andern entbehrt in früherer Zeit eines jeden Rechtsschutzes als solcher." Gegen diese Sätze, besonders gegen den letzten, welcher auch von Anderen anerkannt wird, habe ich Nichts einzuwenden. Aber aus dem, was hier von Eigenthum und einem Berechtigten gesagt ist, folgt nicht: „Der angebliche Eigenthümer bedarf daher ursprünglich keiner Klage, seine Eigenmacht ist gerechtfertigt. Nur wenn der Gegner selbst Eigenthumsrecht behauptet und sich darauf gestützt mit Gewalt widersetzt, ist die Obrigkeit veranlasst einzuschreiten". Denn es kann nur die Eigenmacht des wirklichen, nicht auch die des angeblichen Eigenthümers gerechtfertigt sein; wird also die Wirklichkeit des Eigenthums vom Besitzer bestritten und demgemäss die Eigenmacht des angeblichen Eigenthümers mit Gewalt abgewehrt, dann ist die Obrigkeit veranlasst einzuschreiten. Jedenfalls darf, weiter, daraus dass der Besitz nicht geschützt ist, nicht geschlossen werden, dass demjenigen, der mit Behauptung von Eigenthm ihn sich eigenmächtig anmasst, das Eigenthum zugesprochen wird, wenn sich der Besitzer ohne Behauptung von Eigenthum zur Wehr setzt; denn dann würde die Eigenmacht mit einem Rechte prämiirt. Von einer solchen Ordnung (besser Unordnung) geht wohl Karlowas LAen 73) apriorische Begründung der Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung aus: „dem Angriff des Klägers darf nun der Gegner nicht etwa bloss ein Läugnen des klägerischen Rechts entgegensetzen, ein solches würde dem auf die Rechtsbehauptung sich stützenden vindicere und dem darin liegenden Versuch einer Besitzergreifung gegenüber machtlos sein."

§ 18.

Das von Gaius (IV 16) beschriebene Verfahren ist das Verfahren bei einer in rem actio (*si in rem agebatur . . . in jure vindicabantur*), insbesondere das einer Eigenthumsklage, wie sich aus der ersten Behauptung des Klägers ersehen lässt. Ulpian, 25 p D 44,7, sagt: In rem actio est, per quam rem nostram, *quae ab alio possidetur*, petimus: et *semper adversus eum est qui rem possidet.* Dass Gaius anderer Meinung gewesen, kann wegen IV 51: *si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus* . . . vgl. 36 p D 6,1, nicht angenommen werden, und dass, wenn Ulpian von der in rem actio sagt *semper adversus eum est qui rem possidet,* dies jemals nicht so gewesen, darf ohne Zeugniss nicht angenommen werden. Der Grundsatz, dass die in rem actio wider den Besitzer, also dem Nichtbesitzer wider den Besitzer zusteht, ist unabhängig von der Gestalt des der constitutio judicii vorausgehenden Verfahrens, es gehört vielmehr zu dem römischen Begriffe der in rem actio — welche, aus den Zwölftafeln zu schliessen, schon in der Wiege des römischen Rechts gelegen hat — es gehört zu diesem Begriffe, dass nicht Jedermann, sondern nur derjenige, der die Sache in Händen hat, der Klage dessen zu stehen braucht, der diese Sache kraft seines Eigenthums in die Hände zu bekommen verlangt. Gehört es zum Wesen der in rem actio, dass der Besitzer der rechte Beklagte, somit in jus zu Vocirende ist, dann muss, einerlei wie man über die Art der Vertheidigung des Beklagten, ob man Eigenthumsbehauptung durch ihn als möglich, oder aber als nothwendig denkt, unrichtig sein der von Du Roi (Archiv f. d. civ. Praxis 6, 264)

erfundene und von Zimmern (d. röm. Civ. Proc. S. 108) und Wetzell (Vindic. 46) angenommene Satz, dass bei beginnendem Streit Niemand als Besitzer angesehen werde; wenn Einer als Besitzer einer Sache von einem Anderen belangt wird, so hört er dadurch, dass er nebst der Sache in jus kommt, nicht auf ihr Besitzer zu sein. Daher ist auch unrichtig die von Wetzell aus jenem Satze gezogene Consequenz: „Wie also ist die Erklärung der Streitabsicht anders als in der Art möglich, dass jeder Theil selbst Eigenthümer oder Erbe zu sein behauptet und dadurch das Recht des andern an diesem Gegenstande läugnet", wie sie auch nicht durch die dort angezogene Stelle des Ps. Asc. in Verr. II 1,115 bewiesen wird. Wäre aber auch der Satz richtig, so könnte doch die Streitabsicht noch in anderer Weise erklärt werden; wenn nämlich Wer in jus vocirt hat mit Eigenthumsbehauptung, um sich der Sache zu bemächtigen, Hand an sie legt, dann kann der in jus vocatus seine Streitabsicht auch dadurch erklären, dass er zu demselben Ende ebenfalls Hand anlegt, und aber des Ersteren Recht zur Bemächtigung durch Verneinung in Abrede und in Frage stellt. — Unzutreffend ist nach Obigem auch Rudorffs Ausdruck und Begründung (RG. 2, 130), dass „In der rei vindicatio . . . beide Rechtsbehauptungen als Rechtfertigungen der Besitzanmassung positive" seien, insofern die Auffassung gestattet ist, dass der in jus vocirte Besitzer, welcher durch sein Erscheinen in jure nicht aufhört Besitzer zu sein, sich den Besitz nicht erst anzumassen brauche, vielmehr nur der gewaltsamen Anmassung des Nichtbesitzers mit Gewalt entgegentrete; zur Rechtfertigung dessen aber bedarf es einer positiven Rechtsbehauptung nicht. u. § 25. Mit dem angegebenen für keine Zeit abläugenbaren Wesen der in rem actio

stimmt anch nicht überein der Ausdruck „Agerius und Numerius beide Klagen in rem“ bei Bekker, Akt. 1, 208, insofern wenn wirklich Agerius in rem klagt, er als Nichtbesitzer wider den Besitzer klagt, hierdurch aber es unmöglich ist, dass auch Numerius in rem klage. — Aus dem obigen Grundsatze folgt ferner bezüglich der von Ihering, Geist § 52 N. 115 für den alten Process angenommenen „Möglichkeit, dass der Besitzer der Sache, um sich der Angriffe des Gegners zu erwehren, die vindicatio anstellte, dem Nichtbesitzer also die Rolle des Contravindicanten zufiel“, dieses: wenn der nichtbesitzende Beklagte, der den Kläger im Besitz gestört, des Klägers Eigenthum nicht in Abrede stellen will, dann schweigt er auf des Klägers Eigenthumsbehauptung stille; dann kann er schwerlich ein sacramentum einbüssen und dem Kläger wird höchstens das nicht bestrittene Eigenthum zugesprochen. Oder aber, der nicht besitzende Beklagte (in jus vocatus) ist gesonnen des Klägers Eigenthumsbehauptung zu verneinen, oder gar selber Eigenthum zu behaupten — das steht Beides auch heutzutage dem Nichtbesitzer frei. Wenn aber die Streitsache wirklich oder repräsentirt in jure gegenwärtig ist und Agerius legt unter Berufung auf sein Eigenthum Hand an sie, dann kann er gemäss dem obigen Grundsatze für den Eigenthumsstreit nicht als Besitzer angesehen werden, sollte er auch den repräsentirten fundus mit seiner Sklavenschaar umstellt und besetzt haben. Der scheinbar widersprechende Satz *non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit* (12 § 1 D 41,2) wird erklärt durch denjenigen, den er zu begründen bestimmt ist. Numerius dagegen, der mit oder ohne Eigenthumsbehauptung der Gewalt mit Gewalt entgegentritt, muss für den Eigenthumsstreit als Besitzer angesehen werden, ist also in der Lage, den Agerius sein

Eigenthum beweisen, ein sacramentum riskiren und wohl gar das Eigenthum an ihn, den Numerius, verlieren zu sehen. s. § 19 ff.

§ 19.

Einerlei wie man sich die der Behauptung *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* des Einen entgegenzustellende Behauptung des Anderen denkt: muss bei der sacramenti actio in rem als bei einer actio in rem nicht nur zwischen einem Kläger und einem Beklagten, als welcher der in jus vocatus anzusehen ist, sondern auch zwischen einem petitor und einem possessor unterschieden werden: quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat (4 J. 4,15). Dieser Satz stammt nach Huschke's (J A. zu Ga. p. 243) guter, auch von Rudorff (zu Savigny, Besitz N. 129) angenommener Vermuthung aus Gaius' Institutionen. Durch seine allgemeine Fassung wird bis auf Weiteres der Zweifel ausgeschlossen, dass er, seit es in rem actio gegeben hat, in Geltung und Wirksamkeit gewesen sei. Ihm entspricht es nun vollkommen, dass Cic. p. Mur. 12 den in der Legisactio als Zweiten Sprechenden bezeichnet mit *ille unde petebatur*. vgl. auch p. Mil. 27 qui non calumnia litium, non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos .. *petebat;* Liv. 3, 44 Notam judici fabulam *petitor* .. peragit. Ferner heisst es bei Gaius IV 94... in locum praedium successit, qui olim *cum lege agebatur* pro lite et vindiciis id est pro re et fructibus *a possessore petitori* dabantur. Diese Worte in Verbindung mit den vorausgehenden besagen Folgendes. Die stipulatio pro praede litis et vindiciarum heisst so, weil sie an die Stelle der praedes litis et vindiciarum getreten ist. Die praedes

sind vom Kläger dem Beklagten, oder vom Beklagten dem Kläger zu stellen, je nachdem der Erstere oder der Letztere zum possessor constituirt worden ist. Die stipulatio pro praede ist eine Caution, welche dem Kläger zu leisten ist, daher kann sie an Stelle der praedes nur als solcher getreten sein, welche dem Kläger zu stellen sind, darum: qui a possessore *petitori* dabantur praedes. Die stipulatio pro praede ist eine Caution, welche vom Beklagten zu leisten ist, daher kann sie an Stelle der praedes nur als solcher getreten sein, welche vom Beklagten (versteht sich nur von dem mit den Vindicien bedachten) zu stellen sind, darum: qui... a *possessore* petitori dabantur praedes. In Summa, die stipulatio pro praede ist natürlicher Weise an die Stelle der praedes der Legisactio nur nach einer Seite getreten, nämlich als Bürgen, welche von der Beklagtenpartei der Klägerpartei zu stellen waren. Statt des handschriftlichen *a possessor*is *petitori dabantur* zu lesen *a possessoris parte petitori dabantur* (vgl. Ga. IV 148, 87, 100, 101) würde der gegebenen Erklärung noch zur weiteren Stütze gereichen, und die Annahme der Auslassung von *parte* in dieser Umgebung ist leichter, als die der Verschlechterung des *possessor*e in *possessor*is, von welcher die herkömmliche Emendation ausgeht. — Beklagter nun und Kläger werden von Gaius mit *possessor* und *petitor* prädicirt. vgl. auch § 20. Schon ob. S. 24 ist berücksichtigt worden, dass, nicht wie hier, Gaius in IV 16 sich der Bezeichnungen *petitor* und *possessor* bedient. Es mag zur Erklärung noch hinzugefügt werden, dass er dort eine mehr in's Einzelne gehende Schilderung des Hergangs bei der Legisactio gibt und darum sich der Parteinamen zu bedienen weniger Anlass hat, als hier, wo es darauf ankam, mit kurzen Worten an den Namen einer zu der besprochenen

Legisactio gehörigen Einrichtung anzuknüpfen, welche nur mittelst der Parteinamen kurz zu bezeichnen war. Ausserdem mag Gaius überhaupt kein Freund der Parteinamen *possessor* und *petitor* gewesen sein, da er den letzteren in den Institutionen nur an dieser Stelle zu brauchen scheint. Angesichts aber des hier wie bei Cicero zu Tage tretenden Gegensatzes von *petitor* und *possessor* in der Legisactio, ferner des Umstandes, dass die Parteirollen auch durch ihr Zeitverhältniss individualisirt werden, indem nicht angenommen werden darf, dass der in jus vocatus, welcher der Beklagte ist, die Legisactio eröffnen (ob. § 7 No. 2), noch überhaupt, dass die bei Gaius und Cicero zu bemerkende Ordnung verändert werden darf, dass weiter unwidersprechlich nach *illi mittebant* eine Gleichheit der Parteirollen nicht Statt findet, dass endlich *et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat*, ist es nicht begründet zu behaupten z. B. wie Zimmern, Civ.Pr. S. 108 „Niemand also ist Beklagter, sondern jeder vindicirt die vorliegende Sache....", oder umgekehrt wie Ihering, Geist III N. 129c unseren Legisactionenprocess meinend, „In diesem dagegen waren beide Kläger", oder wie Karlowa, LAen S. 85, „dass bei der alten Vindication die Rollen des petitor und possessor noch nicht so geschieden waren wie bei den späteren Formen der in rem actio", oder gar sich wie Danz, d. sacr. Schutz S. 161 al. 2 wegen der Anwendung des Ausdrucks *der Beklagte* fast zu entschuldigen. — Dass wie für die actio in rem überhaupt, so für die sacramenti actio in rem insbesondere der Gegensatz von possessor und petitor vorhanden ist, wird ferner erkannt aus Folgendem. Nach Ga. IV 148 cf. 1 § 2 D 43,17 sind die interdicta Uti possidetis und Utrubi eingeführt worden für den Fall *cum ab*

utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. (vgl. o. § 7 N. 1). Diese Interdicte standen zwar höchst wahrscheinlich (s. u. S. 88 ff.) nicht von Anfang an dem Rechtsschutze durch actiones zur Seite wie Rudorff, RG. II S. 176 zu sagen scheint: dass sie aber auch zu der Zeit der Legisactionen bestanden, geht z. B. aus Festus s. v. *possessio* hervor..., *in legitimis actionibus* nemo ex his (*e. j. Q.* nach Huschke) possessionem suam vocare audet, sed ad *interdictum* venit, ut praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis... (da unter *legitima actio* legis actio gemeint sein kann 2 § 6 D 1,2); vgl. auch Cic. d. Or. 1, 10, 41: qui *aut interdicto* tecum contenderent *aut te ex jure manum consertum vocarent.* Dass sie ferner schon zur Zeit der Legisactionen d. h. vor Einführung des Formularverfahrens bestanden haben, auch wenn in Plaut. Stich. 5, 4, 23 u. 5, 5, 9 nicht eine Anspielung auf das interdictum Utrubi zu sehen wäre, verdient nach den Ausführungen von Keller, Civ. Pr. § 22, vgl. auch Puntschart a. a. O. S. 234, vollen Glauben. Wenn nun die interdicta Uti possidetis und Utrubi eingeführt worden sind, damit für die controversia de proprietate entschieden sei, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, so muss der Gegensatz von possessor und petitor, wie er von der naturalis ratio gefordert wird, auch schon vor Einführung dieser Interdicte für die legis actio sacramento in rem vorhanden und bedeutend gewesen sein. — Geht nach alle dem die sacramenti actio in rem als actio in rem gegen den Besitzer, also dass dieser der Beklagte, ohne Rücksicht auf das was er der Behauptung des Klägers entgegenzusetzen hat, und derjenige ist *unde petitur:* dann muss schon für das in Ga. IV, 16 geschilderte in rem agere gegolten

haben: Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit (62 D 5,1), nicht minder als: nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria (al. petitoris) actio institui, zu Wessen Begründung auf die naturalis ratio verwiesen wird. 4 J 4,15. Folgeweise muss es auch schon damals die beiden Möglichkeiten gegeben haben, welche 1 § 3 D 43,17 aufstellt: Inter litigatores quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, aut non convenit. Seitdem es die interdicta Uti possidetis und Utrubi gab, griffen letzteren Falls diese Platz. Vor dem eigentlichen Interdictenverfahren ist vielleicht schon das Imperium des Magistrats von Einfluss gewesen. Ob ersteren Falls das convenire von jeher formlos Statt fand, oder ob, und ob die deductio quae moribus fit wie die vis ex conventu einst seine Formen waren, haben wir hier nicht zu erörtern. — Wenn nun erforderlichermassen die Personen des Beklagten und possessor einerseits und des Klägers und petitor andererseits bei Beginn der sacramenti actio in rem bestimmt sind, dann ist der besagten Forderung der civilis und naturalis ratio genügt, damit aber weder Anlass noch Raum mehr vorhanden zu einem Verfahren, das mit dem Namen Possessorium bezeichnet zu werden pflegt. Der Kläger, welcher behauptet, *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* und vindicirt, behauptet nicht Besitzer zu sein, sondern Eigenthümer zu sein. Weil er sich Eigenthum zuspricht, aber der factischen Herrschaft als Ausübung dieses Rechts entbehrt, ruft er denjenigen ins Gericht, welcher der factischen Herrschaft d. i. des Besitzes theilhaftig ist. Den Willen, die ihm fehlende und vermeintlich gebührende factische Herrschaft zu erlangen, d. h. Besitzer zu werden, macht er kund

durch das Vindiciren. Der Beklagte, welcher Besitzer ist, vindicirt nicht, um Besitzer zu werden, sondern um Besitzer zu bleiben, sich wider des Klägers Anmassung im Besitz zu erhalten. Während sich das Possessorium darum dreht, danach fragt, entscheidet, Wer Besitzer *sei*, *uter possideat* 1 § 3 D 43,17. 35 D 41,2 — die quaestio, *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat* (Ga. IV 148) ist nicht die quaestio des Possessoriums — will im Vindicationsstreit der Eine Besitzer *werden*, der Andere Besitzer bleiben, dagegen Wer Besitzer sei, ist von ihnen nicht bèstritten. Hiermit stimmt völlig überein, dass Gaius (IV 16) sagt: Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem *constituebat.* Der Prätor constituirt zum Besitzer, macht also zum Besitzer (§ 20) vgl. Val. Max. VII 7, 5, er decretirt Wer interimistisch Besitzer sein soll, vgl. Liv. 3, 46: jus eo die se non dicturum *neque decretum interpositurum;* a M. Claudio petiturum, ut decederet jure suo *vindicarique* puellam in posterum diem *pateretur*, Appius verleiht hier nicht den Besitz, ferner Ga. II 164: cernere est quasi decernere et constituere. Da nun der Prätor nicht einen der streitenden Theile als Besitzer declarirt (vgl. Ga. III 123 praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat ..), seine Verfügung nicht eine Entscheidung darüber ist, Wer Besitzer sei, so kann (da auch keine andere Verfügung berichtet wird) der seiner Verfügung vorausgehende Streit nicht ein Streit darüber sein, Wer Besitzer sei. Es hat also auch Ps. Ascon. in Verr. II, 1,115, welcher sagt: Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re apud praetorem, cujus incertum est, quis debeat esse possessor, Recht dass er nicht sagt *quis sit possessor*, und nicht Unrecht dass er sagt *quis debeat esse possessor*, wenn er sich

denkt, dass die Ungewissheit Dessen beseitigt wird, interimistisch durch die Vindicienertheilung, oder definitiv durch das richterliche Urtheil.

§ 20.

Ist nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten der des Prätors Vindicienertheilung vorausgehende Streit, nicht ein Streit darüber, Wer von beiden Streitenden Besitzer sei, macht aber das *uter possideat* das Wesen des Possessoriums aus, dann kann nicht richtig sein die von vielen Schriftstellern geäusserte Meinung, dass die legis actio sacramento in rem ein Possessorium enthalten habe, welches später dem Petitorium getrennt vorausgegangen sei. Der Prätor spricht nicht aus, Wer Besitzer ist, er spricht aus Wer Besitzer sein soll, er macht eine Partei zur Besitzerin, und nach Gaius' allgemeinem Ausdruck *aliquem,* sei es den, welcher schon bisher Besitzer war, der dann Besitzer von Prätors wegen wird, sei es den, welcher noch nicht Besitzer war, der dann Besitzer und zwar Besitzer von Prätors wegen wird. Da ferner die Behauptung, mit welcher der Kläger den Process eröffnet, *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* die Behauptung eines petitor ist, auch der Beklagte z. B. von Cicero als *ille unde petebatur* bezeichnet wird, so ist der der Vindicienertheilung vorausgehende Streit nicht nur aus dem angegebenen, sondern auch aus dem Grunde kein Possessorium, weil er ein Petitorium ist. Denn da nach naturalis ratio das Petitorium non potest institui, nisi ante exploratum fuerit utrius possessio sit, auf welche Feststellung das Possessorium ausgeht, so ist mit der Behauptung *hunc ego hominem . . .* ein Possessorium ausgeschlossen. Ihering (Grund d. Besitzesschutzes, 2. A.

S. 72. 73), welcher erkannt hat, dass der Prätor in der Ertheilung der Vindicien freie Hand hatte, also wenn es ihm gut schien, auch „dem Nichtbesitzer den Besitz zusprechen“ durfte, sieht dennoch in der Vindicienertheilung für die ältere Zeit die einzige Form des Possessoriums und findet, dass Letzteres ein integrirendes Moment des Petitoriums gebildet habe. Wenn weiter die Vindicienertheilung die Bedeutung der Entscheidung eines Possessoriums gehabt hätte, so hätte sie nicht wohl mehr Statt finden können zu der Zeit als die interdicta retinendae possessionis bestanden, wann ein Interdictenverfahren über *uter possideat* entschieden hatte: Gaius aber erklärt so allgemein *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat*, dass nicht angenommen werden kann, die Vindicienertheilung habe im Legisactionenverfahren — welches, wie gesagt, doch auch von den Interdicten erlebt worden ist — zu einer Zeit, oder unter Umständen nicht Statt gefunden. Wie es sicher ist, dass Vindicienertheilung und interdicta retinendae possessionis auch gleichzeitig gelebt haben, so ist wohl möglich, was Ihering a. a. O. für unmöglich zu erklären scheint, dass die letzteren neben jener existirt haben in dem Sinn, dass einer sacramenti actio in rem ein Interdictenverfahren vorausging, und dass sie mit einer Vindicienertheilung ausging. Die ursprünglichen Aufgaben beider Einrichtungen decken sich nicht, sie sind nicht beide Formen des Possessoriums, es kann also nicht mit Bezug darauf geltend gemacht werden: „eine solche Cumulation zweier demselben Zweck dienstbarer Rechtsmittel für die älteste Zeit hat alle historische Analogie gegen sich.“ Die Vindicienertheilung hat schon vor den Zwölftafeln bestanden (ob. S. 31) und ihr Ursprung darf wohl in einer Zeit gedacht werden, in der es noch keinen Besitzesschutz

gab, welchem Mangel sie dann an einem Theil abzuhelfen bestimmt waren. Das in rem agere ist nur möglich, wenn eine Person als petitor, die andere als possessor auftritt. Insofern ist also im Augenblick, wo der Streit vor den Magistrat kommt das Besitzverhältniss klar, ein Theil hat sich entschieden (freiwillig oder nicht, gegen Entgelt oder unentgeltlich) zu *petere* und den anderen besitzen zu lassen. Nach dem Urtheil ist die auctoritas rei judicatae von Gewicht auch in einer Zeit, wo es keinen Besitzesschutz gibt. Aber nach Schluss des Verfahrens in jure bis zur res judicata ist der Besitzstand gefährdet. Wird der Besitz auch sonst nicht geschützt, nicht vor dem Beginn des Processes und nicht nach dessen Beendigung durch Urtheil, so muss doch in der Zwischenzeit (*interim*) der Friede gesichert sein, das verlangt schon die Würde des Rechtsstreits, der begonnen hat. Hier interponirt nun der Magistrat seine auctoritas (wie der Prätor bei den decreta und interdicta (Ga. IV 139) und umgibt mit derselben den Besitz, den er einem der Litiganten verleiht. Es darf angenommen werden, dass er seine Verfügung aufrecht erhält nicht nur gegenüber der Partei, der er den Besitz nicht verliehen hat, sondern auch gegenüber Jedermann, der sich den magistratisch constituirten Besitzer im Besitz zu stören untersteht. Dem Dritten gegenüber hat die magistratische Verfügung den Zweck, den Erfolg des Processes zu sichern, der gefährdet ist, wenn ein Dritter sich ungestraft in den Besitz setzen kann. Im Verhältniss der Parteien hat sie den Zweck zu verhüten, dass sich vor dem Urtheil ernsthaft wirklich (einerlei von Wem ausgehend) wiederhole, was im Angesicht des Magistrats „symbolisch“ vorgenommen worden ist, das vindicere. Das Verhältniss der Vindicienertheilung zu den interdicta retinendae possessionis ist

danach dieses. Die Entstehung der Vindicienertheilung setzt einen Zustand voraus, in welchem der Besitz nicht durch jene Interdicte geschützt ist. Die Vindicienertheilung sorgt für Schutz des Besitzes nur während des Petitoriums, sie lässt daher einem weiter gehenden Schutz, wie ihn die Interdicte gewähren, Raum. Da sie nicht die Frage entscheidet, Wer von Zweien Besitzer sei, und demgemäss nicht zur Entscheidung der Frage führt, *uter possidere et uter petere debeat*, so kann die Entscheidung der ersteren Frage dem Interdictenverfahren anheimfallen und demgemäss die Entscheidung der zweiten Frage als Grund der Einführung der Interdicte Uti possidetis und Utrubi angegeben werden Ga. IV 148. Der Schutz, den diese Interdicte gewähren, greift weiter, als der mit der Vindicienertheilung verbundene, er begreift auch diesen. Dass darum zu der Zeit, als es diese Interdicte gab, und zumal wann ein Interdictenverfahren der Legisactio vorausgegangen war, die Vindicienertheilung nicht vorkam, ist eine Annahme, welche überhaupt nicht statthaft ist, und insbesondere darum nicht, weil der Prätor durch die Vindicienertheilung auch etwas Anderes erreichen konnte, als nur einen durch seine Autorität für die Dauer des Processes gesicherten Besitzstand, wie solchen auch die Interdicte zu erhalten vermochten. Er konnte nämlich die Vindicien auch einem Anderen ertheilen, als demjenigen, welcher vielleicht nach vorausgegangenem Interdictenverfahren vor ihm als Besitzer aufgetreten war, er konnte sie dem Kläger ertheilen, welcher nach den Grundsätzen des interdictum Utrubi nicht der potior gewesen, ihm aber doch mehr den Eindruck des Eigenthümers machte, dem danach die Früchte der Sache unmittelbar zuzuwenden, den nicht erst auf den Ersatz durch den besiegten Beklagten

zu verweisen er veranlasst war, wofern nicht wiederum ein anderer Umstand auf Massgabe Anspruch machte. s. oben S. 8. — Mit der Möglickeit solcher Verfügung, welche die Unabhängigkeit der prätorischen Vindicienertheilung von dem wahren Besitzstand und den Regeln des Interdictenrechts am deutlichsten ausdrückt, wie überhaupt mit der im Vorigen begründeten Erkenntniss, dass das vindicias dicere nicht Entscheidung einer controversia possessionis ist, ist auch die Unhaltbarkeit der einst allgemein getheilten und nach ihrer Bekämpfung durch Karlowa, Ihering und Eck noch von Bekker und Huschke festgehaltenen Meinung entschieden, dass das vindicias dicere zugleich Parteirollenvertheilung gewesen sei, indem der zum Besitzer gemachte Theil Beklagter, sein Gegner Kläger geworden sei. Hier mag noch dieses hinzugefügt werden. Da das Sacramentsverfahren nicht erweislich anders ist, wenn die Parteirollen vor seinem Beginn durch Interdictenverfahren (vgl. Festus s. v. *possessio*), oder durch Uebereinkunft der Parteien festgestellt worden sind, so ist in diesen Fällen für eine durch Vindicienertheilung erst zu bewirkende Feststellung der Parteirollen nicht nur kein Anlass, sondern auch kein Raum vorhanden. Da der Prätor bei Ertheilung der Vindicien erweislich nur in den beiden folgenden Fällen gebunden war, so würde, wenn die Vindicienertheilung Bestimmung der Parteirollen gewesen wäre, ein vorausgehendes Interdictenverfahren, gemäss welchem die Rollen von possessor und petitor festgestellt werden sollen, völlig nutzlos und überflüssig sein, da der Prätor dadurch in der Freiheit seiner Vindicienentscheidung nicht gehindert worden ist. Die Vindicien wurden, wenn der populus Partei, oder wenn libertas Gegenstand des Streites war, stets *secundum populum* beziehungsweise *secundum libertatem* ertheilt.

Welche schreiende Härte wäre es gewesen, wenn, sobald Einer pro populo als Kläger in der sacramenti actio in rem auftrat, durch die Vindicienertheilung an ihn seinem Gegner jedes Mal die lästige Klägerrolle aufgebürdet worden wäre. Und wie unbillig, wenn ein Sklave in libertatem vindicirt wird, seinen bisherigen Besitzer und Herrn durch die Vindicienertheilung mit der Klägerrolle zu belasten: es wäre das Halten von Sklaven nicht nur von der Möglichkeit abhängig gemacht den processualischen Beweis des Eigenthums an ihnen zu erbringen, es wäre auch durch den drohenden Verlust von je fünfzig asses verbittert. B.-Hollweg (a. a. O. S. 146), dem Ergebnisse, wie diese auch nicht zu gefallen scheinen, und der in 7 § 5. 10—12 D 40,12 ausgesprochen findet, dass der Freiheitsbesitz zur Zeit der Klage über die Parteirollen entscheidet, lässt seine Regel, dass Vindicien Beklagtenrolle geben, vor den genannten Fällen Halt machen. Wenn also sonst *vindicias dicere id est interim possessorem constituere* auf die Verleihung sowohl der factischen als der rechtlichen Vortheile (Puchta, Inst. § 161 g. E. Ihering, Grund d. Bes. S. 72) gehen soll, soll *vindicias dicere* in den beiden genannten Fällen nur die ersteren bedeuten. Ebenso lässt Wetzell, Vindicationsprocess S. 7 im zweiten Falle ausnahmsweise „die Beweislast ohne Rücksicht auf die Vindicien regulirt werden.“ Wenn in den beiden Fällen die Parteirollenvertheilung unabhängig war von der Vindicienertheilung, so ist mir dies nicht Ausnahme, sondern Bethätigung der Regel von der Einflusslosigkeit der Vindicienertheilung auf die Bestimmung der Parteirollen. Und warum sagt denn Gaius nicht ein Sterbenswörtchen von der Bedeutung des vindicias dicere als Bestimmung der Parteirollen? Ist es denn gewöhnlich, ist es selbstverständlich, dass nachdem das Stück in

vollem Gange ist, erst noch die Rollenvertheilung vorgenommen wird? Weil er sagt *interim aliquem possessorem constituere,* soll er meinen, der Besitzer wird auch Beklagter? Aber wir können uns sehr wohl erklären, was es bedeutet, dass der Eine zum Besitzer gemacht wird, ohne dass er auch zum Beklagten gemacht wird. Gaius sagt *interim* (vgl. dazu auch *interim dominum sequi ancillam aequum esse* bei Liv. 3, 44, 10), wenn er meinte und auch wenn er auch meinte: zum Beklagten machen, hätte er sich *interim* sparen können, denn Beklagter ist man immer nur interimistisch. Mit Hülfe einer petitio principii kann sich die hier verworfene Meinung berufen auf Ga. IV 94 . . . in locum praedium successit qui olim cum lege agebatur pro lite et vindiciis id est pro re et fructibus a possessore petitori dabantur praedes. Huschke, Multa S. 458 N. 292 thut dies, wenn er von dieser Stelle sagt, dass sie „ausdrücklich den, dem die praedes litis vind. bestellt wurden, als petitor, den Gegner als possessor bezeichnet", und dadurch bezeugt findet, dass durch die Vindicienertheilung derjenige, welcher die Vindicien nicht erhalten hatte, zum petitor gemacht worden sei. Aber wo steht denn geschrieben, dass mit *petitor* gerade die (erst) durch Versagung der Vindicien zum petitor gemachte Person, diese Person als eine solche gemeint ist? Ich denke, neben dieser Deutung kann sich die in § 19 gegebene wohl sehen lassen, wodurch dieser Deutung Beweiskraft paralysirt wird. Vielleicht muss aber auch diese Deutung vor der früheren zurücktreten, abgesehen auch von allem zuvor geltend gemachten. Gaius, der bei Darstellung der sacramenti actio in rem nicht gesagt hat, dass mit dem constituere possessorem ein constituere petitorem Hand in Hand geht, soll hier (IV 94) mitten im Formularverfahren voraus-

setzen, dass man bei *petitor* nicht schlechthin an den, der zuerst mit der Behauptung *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* auftritt, sondern vielmehr an den *petitor constitutus* denke; Gaius, der es nöthig findet, hier noch einmal zu erklären, was *pro lite et vindiciis* bedeutet; Gaius, der wo er kann an Gesagtes anknüpft, darauf zurückweist (s. z. B. I 75. 76. 87. 94. 119. 126. 135a. 152. II 23. 115. 116. 135. 171. 243. III 38. 51. 122. 182. 194. 201. IV 69. 56. 133), spricht hier von dem Institut der praedes litis vindiciarum des Legisactionenprocesses (*olim cum lege agebatur*) als ob er noch gar nicht davon gehandelt habe, ermächtigt, nöthigt dadurch *possessor* und *petitor* ganz wörtlich und einfach in dem der Umgebung entsprechenden Sinn zu nehmen, also bei *possessor* an den zu denken, wider den als Besitzer die Eigenthumsklage vom *petitor* erhoben wird.

Nach alle dem verhält es sich mit der angeblichen Rollenvertheilung in der sacramenti actio in rem folgendermassen. Wenn Einer vor dem Prätor auftritt mit den Worten *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* und sich an der Sache vergreift, so gerirt er sich als Kläger; wenn er nicht eine Aenderung des bestehenden Zustandes wollte, so würde er nicht zuerst mit einer Rechtsbehauptung auftreten und den ihr entsprechenden factischen Zustand durch das vindicare herzustellen suchen. Durch das beiderseitige sich zeitlich folgende vindicare werden also die Parteirollen nicht allererst festgestellt, vertheilt, und jenes bezweckt nicht deren Feststellung, Vertheilung, sondern sie werden dabei bereits gespielt, ausgeübt. Die Ausübung aber geschieht in ihrer solennen Weise, damit die Obrigkeit officiell und legal erfahre, dass eine Person und welche Person Etwas, und Was diese Person von einer anderen gegenwärtigen Person im Wege Rechtens

erlangen, und Was diese jener streitig machen will, zur Feststellung des status causae et controversiae. vgl. dafür B.-Hollweg, a. a. O. S. 136 al. 1 u. 141 al. In Demjenigen, welcher zuerst mit einer Rechtsbehauptung und mit Gewaltanwendung auftritt, muss der Magistrat den Kläger, in demjenigen, welcher jene Behauptung positiv oder negativ bestreitet und die Gewalt durch Gewaltanwendung vereitelt, muss der Magistrat den Beklagten ersehen. Somit fehlt ihm jeder Anlass, die Parteirollen erst noch zu vertheilen, wozu er nach Huschke, Multa S. 428 sogar genöthigt ist. Stehen erforderlichermassen die Parteirollen bei Beginn des in rem agere fest, und geht auch nicht bis zum Augenblick der Vindicienertheilnug das Verfahren auf Feststellung der Parteirollen aus — wofür auch nicht der Schatten eines Wortes in der Gaiushandschrift aufsteht — dann ist auch die Annahme ausgeschlossen, dass die Vindicienertheilung selbst Feststellung der Parteirollen gewesen sei. Zum Ueberfluss lässt sich weiter daran erinnern, dass vom judex entschieden wird, Wessen sacramentum justum und Wessen injustum ist. Nun ist aber das sacramentum des Einen für, das sacramentum des Andern gegen die Behauptung *tu injuria vindicavisti* bestellt (§ 14), es muss also um zu erkennen, Wessen sacramentum justum und Wessen injustum ist, der Richter die Wahrheit der Behauptung *tu injuria vindicavisti* prüfen. Parteirollenvertheilung durch Vindicienertheilung kann aber nur den Sinn haben, dass Wer die Vindicien nicht erhält Kläger, und mit der Beweislast behaftet wird. Da aber die Vindicien entweder der Eine oder der Andere nicht erhalten kann, so würde, wenn sie Parteirollenvertheilung wäre, auch denjenigen, welcher gegen die Behauptung *tu injuria vindicavisti* seinen Einsatz gemacht hat, die Beweislast

treffen können, er also genöthigt sein zu beweisen, dass er allerdings injuria vindicavit, sich also selbst in's Gesicht zu schlagen, was ein Unsinn ist, oder zu beweisen, dass er nicht injuria vindicavit, was auch unannehmbar ist, da von dem Satze, dass *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* auch nicht um Haaresbreite für das römische Recht abgewichen werden kann. Damit ist zugleich gesagt, dass wenn der Kläger in der in rem actio sacramenti durch die Vindicienertheilung den Besitz erhält, dies an seiner Beweislast Nichts verändert — eine Art von Vorläufer des unus casus; in Paul. I 11,1 wird mit der translatio hereditatis auch nicht Parteirollenwechsel verbunden gemeint sein. An diesem Ergebniss stösst sich Niemand, wenn der alten, von Savigny, Besitz § 3 No. 4 ausgesprochenen Wahrheit gedacht wird, dass der Besitzer nicht als solcher, sondern als Beklagter von der Beweislast frei ist, da alle Beklagten die Beweislast nicht trifft. Der Besitz ist für die Beweislast insofern bedeutend, als derjenige, welcher besitzt, nicht als Kläger aufzutreten und darum nicht zu beweisen braucht: bei der Legisactio ist aber schon Einer als Kläger aufgetreten, er hat einen Anderen in jus vocirt und herausgefordert wider seine Behauptung *tu injuria vindicavisti* einen Einsatz zu machen; wenn irgend Einen trifft ihn die Last zu beweisen, dass diese Behauptung wahr, dass er Eigenthümer sei, der Andere darum mit Unrecht abgewehrt habe. — Wohl ist anzunehmen, aber dess kein Zeugniss bekannt, dass wenn in der legis actio der Kläger den Besitz erhält, die Usucapion des Beklagten unterbrochen wird. Der Satz dagegen, *Officium autem judicis in hac actione, in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat* (9 D 6,1), gilt nicht für die sacramenti actio in rem (auch nicht für die per sponsionem, da hier der

Beklagte stip. pro praede lit. vind. leistet), sondern für die actio in rem per formulam petitoriam, was einer der Unterschiede beider ist: denn der für den Process erforderliche Besitz des Beklagten ist durch das Vindiciren in jure offenbar geworden, diese Voraussetzung braucht der judex nicht mehr zu untersuchen. In diesem Punkt zeigt sich auch deutlich, wie die Legisactio, das Verfahren in jure, recht ein Stück des in rem agere ist, in ganz anderer, engerer Weise zur gerichtlichen Verhandlung über eine Eigenthumsklage gehört, als das Verfahren in jure vor der formula petitoria Wie Ihering, der a. a. O. S. 72 der Ansicht ist, dass die Vindicienertheilung dem Empfänger nicht „auch die rechtlichen Vortheile des Besitzes d. h. die Befreiung von der Beweislast zuwenden sollte“, also doch nur die factischen, dennoch in dem Vindicienbesitz seine „Eigenthumsposition“ (76) wieder findet, kann ich nicht verstehen, um so weniger als durch Unterlassung dieser Annahme seine Theorie nicht beeinträchtigt wird. Der possessor, von dem die durch Ihering S. 75 angezogene 15 § 2 D 48,18 bestimmt, dass, wenn er dem petitor Caution gestellt hat, er *interim domini loco habeatur,* ist Beklagter, somit Einer, der sich ohnehin der „rechtlichen Vortheile des Besitzes“ erfreut. Wenn danach Ihering schliesst „Interimistisches Eigenthum also war der ursprüngliche Sinn der Vindicienertheilung“, so geht so Viel nicht aus dieser Stelle hervor und Solches stimmt schwerlich zu dem S. 72 u. 73 ob. von ihm Gesagten.

Nach Allem, was im Bisherigen über die sacramenti actio in rem als actio in rem vorgekommen ist, kann es von keinem Nutzen sein und nur ins Breite führen auf die verschiedenen, zum Theil freilich lehrreichen Speculationen noch mehr einzugehen, die fern von der

„schönen, grünen Weide“, welche die Quellen umgibt, darüber angestellt worden sind. So wird z. B. von vielen Schriftstellern (s. die bei Eck a. a. O. N. 25 genannten) unsere sacramenti actio für actio duplex ausgegeben, also dass der Beklagte auch als Kläger angesehen wird, was doch unverträglich ist mit dem Wesen der in rem actio, welches unabhängig ist, von dem modus agendi, da nach diesem Wesen nur ein Besitzer Beklagter, ein Nichtbesitzer Kläger sein kann; was ferner unverträglich ist mit der Unterscheidung von possessor und petitor, die sich bei Gaius findet, zu der Cicero anweist; was endlich unverträglich ist mit der Thatsache, dass nur einer der Streitenden und zwar der Angreifer, also Nichtbesitzer und Kläger die Legisactio in der Hand hat und in der Hand behält, den Gegner zum Sprechen bringt, sacramento provocirt und die Behauptung formulirt, für und gegen welche die sacramenta bestellt werden, kurz dass Alles so einfach aggressiv und defensiv hergeht, dass von Doppelactio nicht die Rede sein kann, auch dann nicht, wann die Verneinung der klägerischen Eigenthumsbehauptung durch eine ausschliessende Eigenthumsbehauptung erfolgt, einerlei sogar, ob solche Defension, wie anzunehmen, möglich, oder, wie nicht anzunehmen, nothwendig ist. Für B.-Hollweg ist a. a. O. S. 132 „der Besitz des Beklagten“ „Voraussetzung“, und doch sieht er in der Vertheidigung des Beklagten „gewissermassen eine Widerklage“, verzichtet also auf die wesentliche Voraussetzung des Besitzes auf Seiten des (Klägers und) Widerbeklagten. Eck, sich noch weiter vorwagend, ist zu diesem Resultat gekommen (S. 150): „Im römischen Sacramentsprocess (gemeint ist nur actio in rem) gehörte es zur Vertheidigung des Beklagten, dass er zugleich als (Wider-) Kläger mit allen Rechten und

Pflichten eines solchen auftrat". Im Einzelnen ist nach ihm „für das Verfahren bis zur Vindicienertheilung soviel klar, dass hier zwei selbständige Klagen einander gegenüber treten, deren jede ihren eigenen Grund, aber denselben Gegenstand wie die andere hat", und er findet, es sei „ja jeder der beiden Ansprüche an sich auch einzeln erhoben zu denken, ohne dass ihm der andere entgegengesetzt werden müsste" (S. 8). Ich möchte wissen, gegen Wen man sich den Besitzer in rem klagend denken kann. Gegen die Annahme endlich, „dass mit der Vindikation und Contravindikation das Parteiverhältniss fixirt gewesen sei", beruft sich Eck S. 14 auf Gaius „wo zwischen den beiden Vindikanten durchaus kein anderer Unterschied gemacht wird, als derjenige der Zeitfolge (qui prior vindicaverat)". Damit dürfte aber doch — von Früherem hier abgesehen — ein ausreichend grosser Unterschied angegeben sein; wenn es einerlei wäre, ob *qui prior vindicaverat* mit *Postulo* u. s. w. fordert und mit *quando tu* u. s. w. provocirt, dann hätte eben Gaius nicht gesagt *qui prior*, aber diese beiden Aeusserungen kommen allein dem einen Theil und dem angreifenden Theil zu, und wir wissen auch sehr wohl warum. — Nach Huschke (Multa S. 459 vgl. 429) ist „die alte Sacramentsklage in rem zwar wohl hinsichtlich des Vindicienprocesses bis zur litis contestatio eine actio duplex (mittite ambo hominem)..." Die hier eingeklammerten Worte sind vermuthlich zum Beweis des Satzes angeführt, dem sie folgen. Dieses Argument bedürfte vielleicht einer besondern Widerlegung, wenn feststünde, dass der Prätor mit den angeführten Worten den Besitz, mithin auch dem Beklagten den Besitz aufzugeben befohlen, und dass Gaius bei *illi mittebant* gemeint habe, dass die Parteien, mithin auch der Beklagte, den Besitz

aufgegeben. Allein das Gegentheil solcher Gewissheit findet Statt. Stintzing (Verhältniss S. 21 u. 38) hat zuerst folgende Auffassung bekundet: „Um den zwischen den Parteien begonnenen gewaltsamen Streit zu beseitigen, hebt der Prätor durch das mittite ambo! den ganzen thatsächlichen Zustand auf und leitet die Sache auf den Rechtsweg hinüber". Danz (der sacr. Schutz S. 161) ist derselben beigetreten, scheint sie aber (S. 202) wieder zu verläugnen, insofern er sagt, „wenn der Gegner nicht similiter sacr. provocabat, also dem Eide des Schwörenden gemäss, vor den Augen der Götter unrechtes Gut in seinen Händen hat..." Muthers Darstellung (Sequestration S. 137) ist der Stintzings sehr ähnlich, hat aber noch den Zusatz „Sobald die Parteien den Streitgegenstand fahren lassen, geben sie beide den Besitz desselben symbolisch auf". Dass erst durch des Prätors Ausspruch die Parteien geheissen werden den Rechtsweg zu betreten, ist darum nicht wahr, weil auch alles vor des Prätors Befehl Geschehende nicht ungeregelte Gewalt, sondern ein Stück des Rechtswegs ist (s. auch § 25), da ferner der Rechtsweg schon mit der in jus vocatio anhebt. vgl. noch Liv. 3, 44, 8 *se jure grassari non vi.* Muthers Annahme eines beiderseitigen symbolischen Aufgebens des Besitzes am Streitgegenstand lässt einen doppelten Sinn zu: entweder, dass der Besitz beiderseits nicht wirklich aufgegeben werde, was eine Fortdauer des beiderseitigen Besitzes nach der symbolischen Thätigkeit voraussetzt, oder aber dass der Besitz beiderseits wirklich aufgegeben und dieses Aufgeben durch das mittere hominem symbolisch kundgegeben werde. In beiden Sinnen ist erforderlich, dass beide Parteien den Streitgegenstand zugleich besitzen, wann der Befehl *mittite* an sie ergeht. Dieses aber ist nicht der Fall. Wenn, wie

anzunehmen ist, vor dem Vindiciren des Klägers der Beklagte die Sache besitzt, so lässt sich behaupten, dass er durch das Vindiciren des Klägers nicht aufhört die Sache zu besitzen, insofern der Kläger durch seine Gewaltthätigkeit nicht den Besitz erlangt, weil die Wirkung derselben durch des Beklagten Gewaltthätigkeit paralysirt, also der Statusquo erhalten wird. Es lässt sich aber auch, sowohl für den Fall der richtigen Annahme, dass der Beklagte vor dem Vindiciren des Klägers besitzt, als für den Fall der unrichtigen Annahme, dass kein Theil vordem besitzt (ob. S. 78), behaupten, dass der Kläger durch sein Vindiciren den Besitz der Sache erlangt, also dass der Beklagte ihn im ersteren Falle verliert. Da aber der Besitz eine Alleinherrschaft ist, und der Kläger bei seiner Gewaltanwendung nicht Theilherrschaft will, so muss der Beklagte, der nach des Klägers Vindiciren den Besitz nicht mehr hat, oder nicht hat, wenn er nun selber vindicirt, des Klägers Besitz wieder aufheben, ohne freilich selbst ihn zu erlangen, da auch er nicht Theilherrschaft will. Bei dieser Construction besteht also nach beiderseits vollzogenem Vindiciren ein Zustand, welcher für keine Partei possessio ist, da keine Partei Alleinherrschaft hat, da es compossessio plurium in solidum nicht gibt, da keine Partei zu ideellem Theil besitzen will, da es endlich Besitz Mehrerer zu reellen Theilen an einer beweglichen Sache nicht gibt — in der Repräsentation des fundus durch die Scholle liegt eine Mobilisirung des Grundeigenthums zu Processzwecken, wie man solche heutzutage in minder sinniger Art zu Creditzwecken angebahnt hat. Wenn nun bei Erlass des Befehls nach der ersten Auffassung der Kläger nicht besitzt, der Beklagte aber besitzt, nach der zweiten Auffassung weder der Kläger noch der Be-

klagte besitzt, dann kann das mittere der Parteien, welches Ausführung jenes Befehls ist, nicht sein ein symbolisches Besitzaufgeben in dem Sinn, dass der wirkliche Besitz noch fortdauert. Denn nach der ersten Auffassung besitzt der Kläger nicht, kann also auch nach Befolgung des Befehls nicht besitzen, wie er auch nicht geheissen werden kann, den Besitz aufzugeben; folglich, da der Beklagte das Nämliche zu thun geheissen wird und das Nämliche thut, kann auch dem Beklagten nicht befohlen sein, den Besitz aufzugeben. Nach der zweiten Auffassung kann das mittere ein symbolisches Besitzaufgeben im genannten Sinne darum nicht sein, weil kein Theil besitzt. Aus denselben Gründen kann das mittere als Parteithätigkeit wie das mittere als Befehlsinhalt ein symbolisches Besitzaufgeben auch in dem Sinne nicht sein, dass es ein wirkliches Besitzaufgeben bedeutet, welches symbolisch kund gethan wird. Was sich hieraus ergibt, dass in mittere (*mittite* und *mittebant*) nicht im technischen Sinn ein Aufgeben des Besitzes zu sehen ist, wird dadurch gesichert, dass auch anderwärts *mittere* in dem hier passenden Sinne von „fahren lassen“, „loslassen“ (körperlich) gebraucht wird, vgl. z. B. Plaut. Miles 2, 5, 34 u. 39 u. 43. Rud. 4, 3, 2. 4, 3, 76. Asin. 2, 4, 26. 3, 3, 6. Cas. 2, 3, 15. Menaech. 5, 7, 18 u. 24 u. 27, welche theilweise zugleich bestätigen, dass es uns freisteht, den Prätor nur *mittite ambo* befehlen und Gaius *Hominem illi mittebant* referiren zu lassen. Ist nun des Prätors Befehl nicht ein Befehl, den Besitz aufzugeben, sondern nur ein Befehl, vom Streitgegenstand körperlich abzulassen (auch nach B.-Hollweg, a. a. O. S. 136 al. 1), so wird durch seine Ausführung nicht, wie Stintzing annimmt, „der bisherige factische Zustand total vernichtet“, sondern nur sein Ende, das factische Ergebniss des beiderseitigen

Vindicirens, die beiderseitige vindictae inpositio (und vielleicht auch adprehensio, wenn sie nicht vorher aufgehört hat) aufgehoben. Der Besitz des Beklagten dagegen, welcher nach der ersten der obigen Auffassungen auch nach dem beiderseitigen Vindiciren vorhanden ist, wird durch das mittere nicht aufgehoben, da man doch eine Sache besitzen kann, ohne sie körperlich zu berühren. Die erste Auffassung ist aber der zweiten vorzuziehen, weil sie die einfachere und natürlichere ist. Indessen wird in jedem Falle, da des Prätors Befehl nicht ein Befehl ist, den Besitz aufzugeben, dadurch dass er an beide Theile gerichtet ist, nicht bezeugt, dass „die alte Sacramentsklage in rem hinsichtlich des Vindicienprocesses bis zur Litiscontestation eine actio duplex“ war, was Huschke mit Berufung auf jenen Befehl zu behaupten schien.

§ 21.

Ihering (Geist III 2. A.), welcher S. 94 von der Möglichkeit ausgeht, dass sich der Beklagte mit einer positiven Gegenbehauptung vertheidigt, und die praktische Bedeutung derselben besonders für die hier nicht behandelten Statusprocesse anschaulich zu machen sucht, schreitet S. 100 dazu die Nothwendigkeit zu *erklären* mit den Worten: „Eine befriedigende Erklärung erhält dieser Contravindicationszwang jedoch erst durch das für beide Theile bestehende Requisit der Angabe der causa“. Allein in der Erwägung, dass man über seinen Erklärungsversuch verschieden denken, ihn also auch für nicht gelungen halten könnte, bescheidet er sich S. 104 mit der Möglichkeit der s. g. contravindicatio, um derselben vielleicht verdientes Lob zu spenden, „sie als ein unentbehrliches

Complement des altrömischen Processes, als eine Einrichtung zu bezeichnen, welche gerade dadurch, dass sie sich von dem Grundsatz der einen Frage lossagte, beweist, wie auch hier wiederum die alten Juristen die Interessen des Lebens höher achteten, als eine auf Kosten derselben erkaufte ungesunde Consequenz." vgl. dazu hier u. § 25 a. E. In Absicht auf Iherings Erklärung des „Contravindicationszwanges" ist zu prüfen einmal, ob derselbe durch das für beide Theile bestehende Requisit der Angabe der causa erklärt wird oder „befriedigend" erklärt wird, zum Anderen, ob dieses Requisit besteht. Dass der Beklagte zur Behauptung von Eigenthum genöthigt gewesen, weil dem Kläger den Grund seines Eigenthumserwerbs anzugeben oblag, wird nicht gesagt sein sollen. Der „Contravindicationszwang" würde sich also nur durch das für den Beklagten bestehende Requisit der Angabe der causa erklären, wobei das gleiche Requisit für den Kläger bestehen mag. Nun lässt sich wohl denken, dass der „Contravindicationszwang" für sich allein d. h. ohne dass auch dieses Requisit besteht, nicht erklärbar ist, aber es bleibt dann doch die Möglichkeit offen, dass er nicht durch das Bestehen dieses Requisits erklärt wird. Man sollte nämlich denken: „Contravindicationszwang" — folglich Requisit der Grundangabe. Und so sagt denn auch Ihering selbst in Note 129a: „Uebrigens führte die Consequenz der Doppelvindication im Grunde von selbst dahin (nämlich, dass die Angabe der causa nöthig war), denn wie kann der Beklagte sein Eigenthum anders beweisen, als durch Angabe einer causa?" Indessen ist solche Erwägung der Beziehung beider Umstände schwerlich nach Iherings Sinn, denn es heisst allgemeiner in Note 129c: „Sie (die „Contravindication") hatte aber ihren guten Sinn, sie gab in Verbindung mit dem

Erforderniss der causa dem Richter das Mittel in die Hand, der Wahrheit auf den Grund zu kommen." Dennoch scheint Ihering wiederum S. 104 eine bestimmtere Beziehung zwischen beiden Umständen zu denken, insofern er die Aufhebung der „contravindicatio" aus dem Wegfall des Requisits der Causa-Angabe erklärt, indem die erstere ohne die letztere werthlos gewesen sei. Für letztere, die Nothwendigkeit die causa anzugeben, hat Ihering zwei Gründe: die Rücksicht auf den Prätor, als welcher auch nach Massgabe der angeführten causae die Vindicien dem Einen oder dem Anderen ertheilte, und die Rücksicht auf den Richter, auf dass dieser, den Glaubwürdigkeitsgrad beider causae gegen einander abwägend, das relative Verhältniss der Parteien zur Sache constatiren könne. Man kommt wieder in Versuchung als Hauptgrund gerade den (angeblichen) „Contravindicationszwang" anzuführen. Jedenfalls wird sich nach jenen beiden Gründen von Neuem fragen, warum den Beklagten, der auf die Vindicien nicht minder als auf die Aussicht verzichten will, durch Nachweis eines (relativ) besseren Rechts zu siegen, der darauf bauen will, dass der Kläger gar kein Recht zu zeigen im Stande ist, warum ihn zur Angabe der causa zwingen, warum es nicht bei der Möglichkeit bewenden lassen, warum beneficium obtrudi. Der zweite Grund erzeugt noch besonders die Frage: warum Angabe der causa in jure nothwendig, wenn sie erst vor dem Richter nutzbar wird, und warum insoweit dann „Contravindicationszwang". Die Antwort auf Letzteres wäre dann der oben § 17 z. Anf. besprochene Satz, in dem für Huschke die Bedeutung der „Contravindicatio" für die Rechtsfrage beschlossen liegt. vgl. auch Karlowa, Beiträge S. 15 unten. — Dass Ihering S. 101 in der Angabe der causa nicht „eine werthlose Ausschmückung

der Formel" erblickt, somit die causa in der Formel angegeben findet, bald darauf aber bemerkt „Warum die Angabe der causa . . . nicht in der Formel selbst erfolgte . . .", ist kein Widerspruch. Im ersten Satze ist gemeint Angabe der causa durch den Gebrauch des Wortes *causa*, im zweiten Angabe der causa durch Angabe des Umstandes, welcher die causa abgibt. Unter causa versteht Ihering „wie überall beim Eigenthum den Erwerbungsgrund desselben", verbindet diesen Sinn mit *causa* in der Clausel *secundum suam causam sicut dixi* und glaubt dafür Unterstützung zu finden „in dem Bericht von Livius über den Process der Virginia, in welchem der Kläger in der That die causa seines Eigenthums vor der solennen Vindication ganz speciell anführt, sowie in der noch für das neuere Recht bestehenden Möglichkeit einer vindicatio *expressa* oder *adjecta causa*". Vorgänger in dieser Meinung, andere Meinungen und im Ganzen zu billigende Kritik siehe bei Karlowa, Beiträge S. 12 ff. Durch die beiden von Ihering angezogenen Argumente wird seine Meinung nicht unterstützt. 1. Denn der Sinn, in dem *causa* in der Formel *s. s. c. s. d.* zu nehmen ist, kann ein anderer sein, als der Sinn von *causa* in *alia ex causa petat causa adjecta* und *in rem ago non expressa causa* aus 11 § 2 u. 14 § 2 D 44,2, auf welche verwiesen wird. 2. Denn bei Livius erzählt zwar M. Claudius *puellam domi suae natam*, aber dass *causa* in *s. s. c.* sich auf jenen Erwerbsgrund beziehe, worum es sich hier handelt, ist unerwiesen, ist auch nicht zu erweisen schon darum, weil gar nicht gesprochene Worte angeführt werden, und es auch nicht wie Ihering S. 89 meint, „zur eigentlichen solennen Vindication" kommt. Eine solche scheint mir zu erfordern, dass dem Vindiciren von der einen Seite von der anderen Seite nicht nachgegeben,

und dass ein magistratisches Decret interponirt wird; bei Liv. 3, 46 geschieht aber, was Appius von M. Claudius erbitten zu wollen erklärt: ut *decederet jure suo* vindicarique puellam in posterum diem *pateretur*, also dass Icilius durch seine Vindication den Besitz erhält, da M. Claudius nachgibt, und ferner unterbleibt (darum) die decreti interpositio. — Ihering meint, dass die causa „sogar den Gegenstand einer eigenen Frage von Seite des Klägers an den Beklagten bildete", denkt dabei an *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, nimmt also *causa* hier in gleichem Sinne wie in *s. s. causam* — zur Abwechselung wohl würde es nicht *anne dicas secundum quam causam vindicaveris* heissen. Diese Annahme ist unmöglich. Wenn, nach Ihering, der Beklagte vor Beginn des von Gaius geschilderten Verfahrens den Umstand namhaft machte, der ihm als Erwerbsgrund galt, und die Worte *secundum suam causam sicut dixi* sprechen musste, mit welchen er sich auf den namhaft gemachten Umstand bezog, dann ist das weitere *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, überflüssig, unbegründet, also nicht am Platze; da Gaius auch die Anwendung dieser Worte nicht auf den Fall beschränkt, wo der Beklagte der von Ihering betonten Nothwendigkeit die causa anzugeben nicht genügt hat. Nimmt man *causa* in der letzteren Formel in einem anderen Sinn, dann ist Iherings Deutung von *secundum suam causam* insoweit möglich. Dies wird von Wetzell, Vindicationsprocess S. 50 und Karlowa, Beiträge S. 15 Note nicht beachtet, wenn sie die Worte *Postulo anne dicas* . . . mit jener Deutung schlechthin für unvereinbar halten. So nimmt denn auch Huschke (Multa S. 427. 425 N. 196) *causa* in *secundum s. c.* gleich Ihering für Erwerbsgrund, in einem anderen Sinn dagegen *causa* in den Worten *Postulo* . . . (S. 430). —

Erwerbsgrund kann nun *causa* in den Worten *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam* durchaus nicht bedeuten aus dem ebenso einfachen als durchschlagenden Grunde, dass *sua* auf nichts Anderes, als *homo* beziehbar, danach aber sua causa eine causa hominis und nicht causa dominii oder adquirendi dominii ist. *Sua* kann nur auf ein Substantiv bezogen werden, es kann also weder auf *meum*, noch auf *meum esse*, noch auf *meum esse ajo* bezogen werden, da alle drei nicht Substantiva sind, auch die ersten beiden nie als Substantiva behandelt werden, und das Dritte als Substantiv nicht zu denken ist. Auf *jus Quiritium* ist *sua* so schlecht beziehbar, dass ich es für nicht darauf beziehbar erklärt habe; will man das nicht zugeben, so bleibt doch bestehen, dass eine causa, welche des jus Quiritium causa ist, nicht eine causa ist, aus welcher Etwas mein ex jure Quiritium ist, also nicht Erwerbsgrund ist; oder aber man denkt bei causa, welche des jus Quiritium causa ist, an eine causa, welche vom jus Quiritium als causa dominii anerkannt ist. Dann ist aber *meum ex jure Quiritium secundum suam causam* gar nichts Anderes, als *meum ex jure Quiritium*, die zu erklärenden Worte *secundum suam causam* werden also mit dieser Erklärung müssig, durch welches Ergebniss einer römischen Formel gegenüber die Erklärung selbst vernichtet wird. Bezieht man dagegen, wie nothwendig, *sua* auf *homo*, dann zeigt sich durch die Anwendung des Possessivpronomens, dass die causa, welche einer Sache eigen ist, nicht dem Meinsein eigen ist, dass somit die causa hominis (d. i. des homo causa oder sua causa) nicht die causa, ex qua homo meus est sein kann. Aehnlich Karlowa, Beiträge S. 15 ob. Ist sua causa nicht die causa ex qua homo meus est, dann ist (was

ich nicht als Argumente hersetze) erstens nicht mehr unbegreiflich, dass es in der Formel nicht heisst *ex* sua causa; *ex* ist die einzige Präposition, mit welcher d a s Grundverhältuiss als vorhanden angegeben wird, welches Ihering und Huschke bei Erwerbsgrund denken und durch *secundum suam causam* ausgedrückt glauben; zweitens nicht mehr unbegreiflich, dass die Formel nicht lautet *Hunc ego hominem secundum suam causam e. j. Q. meum esse ajo*, und nicht lautet *H. e. h. e. j. Q. secundum suam causam meum esse ajo,* noch auch *s. s. c.* zwischen *esse* und *ajo* steht. — Huschke, mit Ihering in der Auffassung von *secundum suam causam* einig, legt im Gegensatz zu diesem der causa „nur eine secundäre Bedeutung" bei, daher sie in persönlichen Klagen gar nicht erwähnt werde, „in in rem actiones mit den allgemeinen Worten s. s. c. nur d e s s h a l b, weil sonst das hanc rem ex j. Qu. meam esse ajo auch auf Behauptung eines hiermit erst zu erwerbenden Rechts, wie bei der Mancipation, hätte bezogen werden können, daher diese Worte auch bei der Vindication einer in jure cessio, durch die man in der That erst jetzt erwerben will, wegbleiben." Multa S. 425 N. 196, mit Verweisung auf Zeitschr. f. R. G. 7, 178, wo der stärkere Ausdruck „Ein sicherer Beweis . . ." einen offenbaren Fehlschluss bezeichnet. Nun sieht man alsbald, dass die Worte *hanc rem e. j. Q. meam e s s e ajo* die Behauptung eines zustehenden, nicht eines erst zu erwerbenden Rechtes sind. Kam es also darauf an die Fälle der Behauptung eines zu erwerbenden von dem Fall der Behauptung eines zustehenden Rechts zu unterscheiden, so musste ein Zusatz zu der Behauptung in denjenigen Fällen gemacht werden, wo sie nicht wörtlich passte. Dies kann nur der bestreiten, welcher zeigt, dass das Verfahren der

mancipatio und in jure cessio vor dem processualischen der in rem actio bestand und die nicht wörtlich passende Behauptung eines zustehenden Rechts enthielt. Ferner sieht man alsbald, dass *secundum suam causam* gar nicht bedeutet „in Folge eines f r ü h e r e n Erwerbsgrundes“ (Multa 427); vorausgesetzt also auch, dass *causa* in *s. s. c.* den (unmöglichen) Sinn von Erwerbsgrund habe, so könnte, da *s. s. c.* auch den Erwerbsgrund eines erst zu erwerbenden Rechts bedeuten könnte, der Zusatz *s. s. c.* auch zu der Behauptung bei der in jure cessio gemacht sein. Folglich ist es, unter jener Voraussetzung, unwahrscheinlich, dass jener Zusatz bei der in rem actio darum gemacht wurde, um der Behauptung die Beziehung auf ein zustehendes Recht zu geben und die in rem actio von der in jure cessio zu unterscheiden. Oder aber die Voraussetzung ist unrichtig, und das Fehlen des Zusatzes bei der in jure cessio und mancipatio hat einen anderen Grund, als die Rücksicht, die Behauptungen in der angegebenen Beziehung zu unterscheiden. Endlich vermag ich auch nicht einzusehen, welches Interesse besteht die Behauptungen bei der in jure cessio und der mancipatio von der bei der in rem actio in der angegebenen Beziehung (und gar auf nicht passende Weise) zu unterscheiden. Ein praktisches gewiss nicht, d. h. hier überhaupt keines. Eine Mancipation von einem Process konnte jedes Kind unterscheiden — Wage, kein Prätor. Und die in jure cessio? Wenn die Partei nicht hinzufügte *secundum suam causam*, was konnte da Schlimmeres erfolgen, als dass der Prätor einen Augenblick in bangem Zweifel schwebte, ob er oder ob der andere Theil an's Sprechen, ob es zur Addiction oder ob es zum Process kommen werde, ein Zweifel, vor dem man ihn ohne Schaden durch Mittheilung des Be-

vorstehenden vor der Verhandlung freundlich bewahren konnte.

Aus alle dem ergibt sich, dass Gründe aus mehreren Gebieten die Möglichkeit ausschliessen, dass *causa* in *secundum suam causam* Erwerbsgrund bedeute. Da nun ferner *causa* auch nicht das Motiv des Streitobjects, und auch nicht überhaupt die Ursache des Streitobjects sein kann, so ist klar, dass ihm alle Causalität fern liegt. vgl. auch Unger, Z. f. RG. 7, 201 N. 19. Danach hat Voigt, Condictiones ob causam, in seiner lexikalischen Feststellung der Begriffe von causa die Clausel *secundum suam causam* mit Recht als Anwendungsfall der häufig für *causa* vorkommenden Bedeutung von „Lage, Zustand, Verhältniss, conditio, status von Personen, Sachen oder Verhältnissen" aufgeführt. S. 27, 28. Eine causa in diesem Sinn kann einer Person, oder einer Sache, überhaupt einem Dinge eigen, somit kann von *sua causa* in diesem Sinn die Rede sein, vgl. 40 § 1 D 4,6. 2 § 2 D 50,8. 58 § 1 D 23,3. 30 § 2 D 41,3. 6.12 § 10 D 49,15. 2 § 3 D 37,11, natürlich nicht auch z. B. in 4 D 39,1. 69 D 3,3. 31 D 4,8. 27 i. f. D 44,2. Es geht ferner aus 12 § 2 D 10,2: adjudicari potest *cum sua* scilicet *causa*, ut existente condicione eximatur... 18 § 2 D 13,7: manere causam pignoris, quia *cum sua causa* fundus transeat... 67 D 18,1: *cum sua causa* dominium ad alium transferimus... 15 § 1 D 16,2: eam quoque pecuniam... in compensationem deduci oportet, sed *cum sua causa* id est ut ratio habeatur quanti Titii interfuerit... 81 D 17,2 *cum sua causa* dotem reciperari, scilicet ut ea vel alii marito dari possit. 18 § 5 D 36,1: cum etiam bona *cum sua* quodammodo *causa* fisco sint vindicanda. 24 § 21 D 40,5: si sub condicione fuit ei libertas relicta et pendente condicione alienatus sit, attamen *cum sua causa* alienetur. 45 § 2: eos interim

legari posse, sed *cum sua causa* constat. 2 p. D 40,7: qui statuliberi causam adprehendit in ea condicione est, ut . . . sive usucapiatur, *cum sua causa* usucapiatur . . . 36: ut *cum sua causa* alienaretur . . . 13 § 1 D 41,2: Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet *cum sua causa* suisque vitiis . . . 1 C 4,53: *cum sua causa* res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare . . . aus diesen Stellen je in ihrem Zusammenhange geht hervor, dass die rechtliche Beschaffenheit, welche mit *sua causa* bezeichnet wird, vornehmlich eine rechtliche Beschränkung ist, welche dem Object anhaftet, von dessen causa die Rede ist, welche Beschränkung sich somit, wenn das Object eine im Eigenthum befindliche Sache ist, dem Eigenthumsrecht selbst in Wirklichkeit mittheilt. Wenn weiter in den angeführten Verbindungen von dem Object gesagt wird *adjudicari, transire, transferre, deduci, reciperari, vindicari, alienari, legari, usucapi, uti*, so wird damit ein verlaufendes Thun oder Leiden in Bezug auf das Object, eine Veränderung ausgedrückt, welche mit dem Object vor sich geht, von dessen causa die Rede ist, und da nun diese Veränderung begleitet wird von der causa, da diese mitgeht, heisst es überall *cum sua causa*. Vgl. Ulp. 2,3 Statuliber seu alienetur ab herede, seu usu capiatur ab aliquo libertatis condicionem *secum* trahit. Anders nun in unserer Formel, hier wird nicht eine Veränderung, sondern ein Sein, ein Zustand, das *meum esse* ausgesprochen, daher sie auch nicht lautet *meum esse ajo cum sua causa*. Wenn die Formel so lautete, könnte man auf den Gedanken kommen, an die *causa rei*, oder *omnis causa* als „Anhang der Sache“ anzuknüpfen, wie denn in 10 § 19 D 42,8: *res restitui debet cum sua scilicet causa*, cf. 20, *causa* in diesem Sinn gebraucht wird.

So dagegen wie sie lautet, sind wir genöthigt, in der Behauptung *meum esse secundum suam causam* behauptet zu sehen ein Meinsein wie es „folgt" aus der causa des Objects, ein Meinsein gemäss der sua causa, (vgl. *secundum legem publicam* Ga. II 104), also dass die causa der Sache massgebend ist für das meum esse, nach den obigen Beispielen zu urtheilen, wohl auch eine Einschränkung desselben bewirken kann.

Puntschart a. a. O. S. 240. 241 schliesst sich der von Voigt angenommenen Deutung von *causa* an, findet aber in *s. s. c.* die „Berufung auf den dem Rechtsobject angehörenden Rechtszustand" im Munde des Klagers als „Angriffsclausel", im Munde des Beklagten als „Vertheidigungsclausel". In *s. s. c.* liegt Nichts von Angriff und Nichts von Vertheidigung, so dass die Clausel Angriffsclausel wäre, insofern sie beim Angriff, Vertheidigungsclausel, insofern sie bei der Vertheidigung gebraucht wird, wodurch wir Nichts zu gewinnen glauben. Puntschart aber sagt: „Da nun in der sua causa alle unmittelbaren Beziehungen der Personen zum nämlichen Rechtsobjecte enthalten sind, so gewährt die Clausel secundum suam causam die vollste Freiheit sowohl für den Angriff des Klägers als für die Vertheidigung des Beklagten". Mir scheint durch diese Erklärung das Verständniss nicht gefördert zu werden, trotzdem ihr Urheber versichert, dass die Clausel „sich als eine sehr glücklich gewählte Angriffs- und Vertheidigungsclausel darstellt". Wenn er „eine directe Bestätigung" der zuvor angegebenen Natur und Function der Clausel darin findet, „dass sie in der Formel der in jure cessio sachgemäss fehlt", so muss hier doch daran erinnert werden, wie unsicher eine Argumentation ist gleich der folgenden: „Die Säule dient zur Stütze dieses Daches, denn bei jenem

Gebäude fehlt die Säule und es ist auch kein Dach bei ihm vorhanden", wie denn Huschke (Z. f. RG. 7, 178, vgl. oben S. 108) sich zum „Beweis" seiner abweichenden Auffassung von *s. s. c.* ebenso auf die in jure cessio beruft. Im Einzelnen, bei der vindicatio hominis in libertate versantis enthält „die sua causa" für Puntschart S. 316 im Munde des Klägers „alle möglichen Rechtsgründe, mit welchen er seine dominica potestas zu beweisen gedenkt, im Munde des Beklagten alle möglichen Rechtsgründe, mit welchen er den Anspruch des Klägers entkräften will", oder auch (S. 317) „alle möglichen positiven Rechtsgründe der Freiheit des Menschen". Hierin finde ich eine Abweichung von der obigen Auffassung, und wiederum S. 319 eine Rückkehr zu derselben. Hier wird *s. s c.* im Munde des Klägers in einer vindicatio hominis in libertate versantis erläutert durch *id est servitutem*, der Beklagte aber, sofern er Freiheit wie auch väterliche Gewalt behauptet, soll sagen: *Hunc e. h. e. j. Q. meum e. a. s. s. c.*, was durch *id est libertatem et patriam potestatem* erläutert wird. Wer aber von einem Menschen behauptet, er sei sein, behauptet damit, dass der Mensch Sklave sei. Daraus folgt, dass *s. s. c.* mit dem Sinn von *secundum servitutem* im Munde des Klägers gänzlich überflüssig ist; ferner, dass Wer *meum esse* gesagt hat, durch den Zusatz *s. s. c.* niemals den Sinn erzeugen kann, dass er Freiheit und väterliche Gewalt meine. Wer Letzteres behaupten will, muss sagen „mein Sohn". Wer sagt „mein Mensch", behauptet Eigenthum und Sklaverei. Dass *meum esse* nur die „Angehörigkeit" im Allgemeinen bezeichne (S. 318 vgl. 337 al., ebenso schon B.-Hollweg, a. a. O. S. 126 N. 4) widerspricht dem, was aus der Vergleichung von Ga. II 40 mit 41 zu entnehmen ist, und dem Wortsinn von *meum*

esse in der Verbindung mit *ex jure Quiritium,* in welcher es auch in Puntscharts Formel erscheint. Dawider auch Karlowa, LAen S. 86.

§ 22.

Für die Deutung der Clausel *secundum suam causam* kann von zwei festen Punkten ausgegangen werden, ohne dass doch das Ziel mit Gewissheit zu erreichen wäre. Der eine ist der, dass die folgenden Worte *sicut dixi* mit *secundum suam causam* zu verbinden sind. Mit Bezug auf den in § 23 zu führenden Beweis Dessen darf ich von diesem Punkt als feststehendem um so eher Gebrauch machen, als die entgegengesetzte Meinung nicht als herrschend gelten kann. Der andere Punkt ist der, dass die Wendung *secundum suam causam* im späteren, nämlich im classischen Recht, nach den erhaltenen Schriften zu schliessen, nicht vorkommt, sich nur in der Legisactionsformel erhalten hat, wie ein Insect im Bernstein. Es fehlt einerseits an allem Grund zu der Annahme, dass weil die Wendung *s. s. c.* nicht in den Juristenschriften vorkommt, die Kategorie sich nicht bestimmen lasse, in welche diese *causa* gehört. Man müsste nicht mehr nur eine Veränderung im Sprachgebrauch, einen Bedeutungswechsel, man müsste einen Wechsel in der ganzen Erkenntnissweise, der angewandten Logik voraussetzen, wie er im Jahrtausend nicht bemerkbar ist, wollte man uns aus dem angegebenen Grunde verbieten, die Causalität für *causa* in *s. s. c.* zu verneinen, *sua causa* für eine dem Streitgegenstand angehörige *causa* zu nehmen und diese *causa* danach in dieselbe Kategorie zu setzen, in der wir *causa* aus *cum sua causa* finden. Andererseits fehlt uns erstens aller Anhalt den concreten Umstand oder die concreten Umstände namhaft zu machen, auf welchen

oder welche die alten Römer mit dem generellen *secundum suam causam* gewiesen, welche Dinge sie als möglicherweise für das *meum esse* massgebend gedacht haben; vielmehr erscheint uns in dieser Beziehung *s. s. c.* als eine clausula generalis ohne den Unterbau thatsächlicher Exempel. Zweitens fehlt uns aller Anhalt über den Zweck der Clausel und ihr Anwendungsgebiet. Hier tritt nun, mit dem Rückhalt an den erwähnten festen Punkten, die Vermuthung in ihre Rechte, wie sie in nicht immer ganz beherzigter, bedeutender Art von Puchta (Kleine civ. Schriften S. 60) bestimmt worden sind: „Es scheint eine sehr unächte Gründlichkeit zu seyn, Vermuthungen zu verschmähen; die ächte besteht in dem trennenden Bewusstsein der Gewissheit und der Vermuthung. Die letztere ist so schätzbar, als die verständige Restitution eines verstümmelten Kunstwerks und gewährt dieselben Vortheile". — In der ersten der obigen Beziehungen bringt Karlowa, LAen S. 72 *secundum suam causam* mit den Fällen in Verbindung, in denen wir *cum sua causa* angewandt sahen: hierin ist ihm zu folgen. Er stellt Fälle heraus, in denen das zur Zeit der Behauptung des *meum esse* vorhandene Eigenthum des Klägers, demselben kraft der der Sache anhaftenden, für das Eigenthum massgebenden causa später verloren geht, wie wann die Sache dem Kläger nur unter einer Bedingung gehört, die vor dem Urtheil eintritt, so dass das Eigenthum des Klägers für den urtheilenden Richter nicht vorhanden ist. Hier soll der Zweck der Clausel sein dem Kläger zwar zur Anerkennung seines Eigenthums zu verhelfen und aber den Gegner vor der Restitutionspflicht zu bewahren. Hierin kann ich nicht folgen. Wenn nur vermöge der Clausel der Gegner vor der Restitutionspflicht bewahrt bleibt, so trifft sie ihn beim Mangel der Clausel; diese

ist also nicht für den Kläger. Es scheint mir aber unannehmbar, dass der Kläger einen Zusatz zu seiner Eigenthumsbehauptung zu machen habe im Interesse des Beklagten. — In der zweiten Beziehung ist zuzugeben, dass der Zusatz *secundum suam causam* nicht ursprünglich „eine werthlose Ausschmückung" der Formel gewesen, weil dies wider das Wesen der Formel ist. Wohl aber ist möglich, dass er dies geworden ist, d. h. dass er die Bedeutung eingebüsst, den Zweck verloren hat, die auszudrücken, den zu erreichen er einst gemacht worden ist. Und wohl ist möglich ferner, dass der Zusatz auch einmal noch nicht bestanden hat. Beides ist nicht ohne Beispiel.

Fassen wir zunächst den Fall in's Auge, dass dem Kläger eine Sache, insbesondere ein Mensch gehört, aber nur unter einer Bedingung, so dass er bei Eintritt der Bedingung aufhört, ihm zu gehören. Einen solchen Fall wird es schon in sehr alter Zeit gegeben haben, da den Zwölftafeln die Statulibertät bekannt ist, in welchem Sinne immer sie die Statulibertät genommen haben. vgl. vorzüglich Ulp. 2, 4 und Madai, die Statuliberi, § 1. Es fehlt, so viel ich weiss, an jedem Zeugniss aus der Blüthezeit der Legisactionen, aus der Zeit vor der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts der Stadt, darüber, von welchem Zeitpunkt des Verfahrens der Richter auszugehen gehabt habe bei der Bestimmung, ob des Klägers Behauptung begründet sei. Auch wenn er zu entscheiden hatte, ob dessen sacramentum justum, oder aber injustum sei, und dies danach bestimmte, ob der Beklagte injuria vindicavit, weil der Kläger Eigenthümer sei, ist es einfacher, entspricht also einfacheren Rechtszuständen, dass er nur fragt, ob das Behauptete wahr ist, jetzt wann er urtheilt, nicht ob es einmal

wahr gewesen ist. Eine solche Auffassung ergibt sich bei einer Rechtspflege, die dereinst in einer Hand vereinigt war, also dass die erste Kenntnissnahme von Anspruch und Abwehr, wie die Entscheidung durch dieselbe Person erfolgte, mit viel Natürlichkeit: ist doch auch, nachdem das Formularverfahren andere und sichere Wege gebahnt hatte, die Theorie der Kaiserzeit wieder zu einschlägigen Zweifeln gekommen. Ga. IV 114. Und gegen solche Auffassung ist auch Nichts einzuwenden, wenn vor der lex Pinaria *statim dabatur judex,* somit alsbald nach Schluss der Verhandlungen in jure, und dazu die Parteien schon *die perendino* vor dem judex erschienen. Da aber schon vor der lex Pinaria sich das Verfahren in judicio lange ausdehnen konnte, und nach derselben noch zwischen ihm und dem Verfahren in jure eine Monatsfrist lag, so war der Möglichkeit, dass dem Kläger das Recht, das er in jure noch hatte, zur Zeit der Urtheilsfällung abhanden gekommen war, genügend Raum gegeben. Dann aber musste man einsehen, dass es ungerecht sei, den Kläger mit einem sacramentum für eine Behauptung büssen zu lassen, die wahr gewesen war zu der Zeit, als er das sacramentum für sie einsetzte. Nun hätte solchem Uebelstande einfach dadurch vorgebeugt werden können, dass der Kläger die rechtliche Beschaffenheit der von ihm in Anspruch genommenen Sache zur künftigen Berücksichtigung des Richters in jure nicht blos auseinandersetzte, um sich in der Folge vor dem Richter darauf zu berufen und sich dadurch vor dem Verlust des Sacramentums zu bewahren: sondern dass der Kläger zu noch gewisserer Erreichung dieses Zweckes den ganzen Sachverhalt mit in seinen solennen Spruch, in die Formel aufnahm. Dieses wurde aber von dem Material derselben nicht geduldet, sie war zu unbiegsam, um Individuelles

aufzunehmen. Den genannten Zweck zu erreichen bediente man sich eines generellen Ausdrucks, wozu *causa* sehr geeignet war. Dadurch dass der Kläger von dem Streitobject nicht nur *meum esse* behauptete, sondern auch die generelle Cautel *secundum suam causam* formular hinzusetzte, wurde der Richter überhaupt in die Lage gebracht, auf eine rechtliche Beschaffenheit des Streitobjects Rücksicht zu nehmen, welche die erwähnten Wirkungen haben konnte. Da aber weder von vornherein die Umstände feststanden, welche von dem generellen *sua causa* umfasst wurden, der Begriff von *sua causa* für die Legisactionsformel vielmehr erst allmählich festgestellt worden sein kann, also dass der Richter nicht wissen konnte, welcher Umstand im Besonderen berücksichtigt werden sollte und durfte, und ferner auch dem Kläger nicht eine so vielsagende Unbestimmtheit gestattet sein konnte: so durfte derselbe sich des allgemeinen *secundum suam causam* nicht bedienen, ohne vor dem Gebrauch den besonderen Umstand kund gemacht zu haben, welcher die mit *sua causa* zu bezeichnende rechtliche Beschaffenheit der Sache abgeben sollte, welchen allein er vom Richter eventuell berücksichtigt wissen wollte. Die Berücksichtigung aber war diese. In einem Falle wie der vorausgesetzte fand ein litem secundum reum dare Statt, weil dem Kläger das Eigenthum fehlte, und wegen des litem secundum reum dare wurde auch das sacramentum des Beklagten für justum erklärt. Da aber, weil in der Sache zu Gunsten des Beklagten entschieden wurde, in der Sache zu Ungunsten des Klägers zu entscheiden war, so hätte auch dessen sacramentum für injustum erklärt werden müssen. Hier nun äusserte die Clausel *secundum suam causam* ihre Wirkung, dem Verfall des klägerischen sacramentum vorzubeugen, und es

trat der Fall ein, dass auch des Klägers sacramentum nicht für injustum, somit für justum erklärt wurde. Dieses Ergebniss, dass keines der beiden sacramenta verfällt, steht nicht im Widerspruch mit Varro's bei seinen Angaben über das sacramentum gemachter Unterscheidung des *victus* und *qui vicerat*: denn dieser Fall kam zu seiner Zeit nicht mehr vor. Das Formularverfahren, in welchem die Instruction des Richters von dem Prätor Schwarz auf Weiss ausging, hatte den Grundsatz durchgeführt, dass obwohl die Formel im Präsens abgefasst war — *si paret ... esse* — der Richter den Schlusspunkt des Verfahrens in jure, die Litiscontestation zu Grunde zu legen habe, wenn er nach der Begründetheit der klägerischen Behauptung forschte. Dieser neueren Auffassung kann sich der judex, der einer Legisactio folgte, nicht entzogen haben. Unter ihrem Einfluss aber war in dem vorausgesetzten Fall das sacramentum des Klägers, nach Regel des Processes, nicht nach Formelwort, für justum zu erklären, des Beklagten dagegen für injustum, wogegen wiederum nach Gestalt der Sache, mit dieser Entscheidung nicht auch eine Restitutionspflicht gegeben sein konnte. Dass die Clausel *s. s. c.* dem *meum esse ajo* folgt, da doch über die Frage, ob der Beklagte *injuria vindicavit* entschieden wird, erklärt sich so: der Kläger, der *injuria vindicavisse* des Beklagten behauptet, gründet dies auf ihm zustehendes Eigenthum, das er darum beweisen, aber auch behauptet haben muss; nur zu seiner Eigenthumsbehauptung aber kann er die Massgabe fügen, die in *s. s. c.* zu finden ist, während er trotz derselben, weil er doch immer ein *meum esse* behauptet, dem Beklagten *injuria vindicavisse*, uneingeschränkt, vorwerfen kann, wie er muss. Dass die Clausel *s. s. c.* bei Cic. Mur. 12 fehlt, wird zur Genüge dadurch begründet,

dass Cicero nur den der vindicatio vorausgehenden Theil einer Legisactio in rem über einen fundus im Auge hat, während die nachfolgende vindicatio nach Kellers Annahme des *s. s. c. s. d.* nicht ermangelt.

Die vorgetragene Vermuthung klärt mehrere Punkte auf, was wiederum ihrer Wahrscheinlichkeit zu Gute kommt. Dies gilt zuvörderst von der Zusammengehörigkeit von *secundum suam causam* und *sicut dixi*. Durch dieses *sicut dixi* verweist der Kläger auf den in jure vor dem Aussprechen des *Hunc ego* . . . namhaft gemachten concreten Umstand, welcher die causa der Sache abgibt und in der Formel keinen Platz finden kann. Karlowa, Beiträge S. 15, findet es im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass die Parteien „durch irgend eine ausdrückliche Aeusserung in der solennen Rede auf . . . gar nicht zur legis actio gehörige Erörterungen Bezug genommen hätten und so gleichsam aus der Rolle gefallen wären." „Das Vindicationsritual muss vielmehr wenigstens äusserlich ein Ganzes für sich bilden, dem man es nicht ansehen darf, dass Vorbereitungen vorausgegangen sind, um es in Scene zu setzen." Diese höchst subjectiven Bedenken sind schon von Anderen nicht getheilt worden und werden durch den geschilderten Entwicklungsgang erleichtert. Danach hat die Formel ursprünglich nur gelautet *Hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo. ecce tibi vindictam* (nach Probus vielleicht auch ohne) *inposui*, womit alles Wesentliche gesagt war, wie es denn nur der Erwartung entspricht, dass die Legisactio, als *legibus prodita* oder *ipsarum legum verbis accommodata*, „Gesetzklage" (Heffter), einfach das *meum esse e. j. Q.* zum Ausdruck brachte. Dies wird nun noch bekräftigt durch die Stellung des *s. s. c.* Als Bezeichnung der der Sache gehörigen causa hätte es der Benennung der Sache un-

mittelbar nachfolgen sollen, als: *hunc ego hominem secundum suam causam e. j. Q. m. e. ajo.* Da man aber, als das Bedürfniss des Lebens die Berücksichtigung der causa der Sache forderte und die Interpretatio (vgl. Ga. IV 24 i. f.) auf Ermöglichung dessen ausging, das *hunc ego h. e. j. Q. m. e. ajo* als fertige, die gesetzliche actio aussprechende Formel geschlossen vorfand, konnte das zur Befriedigung jenes Bedürfnisses bestimmte *secundum suam causam* nicht in sie hinein, musste hinter sie gesetzt werden; wogegen wiederum das erforderliche Possessivpronomen *sua* nicht erlaubte das *s. s. c.* an das Ende der gesammten bisherigen Formel zu stellen. Der Wahl jener Stellung des *s. s. c.* und dem angenommenen Altersverhältniss zur Ur- und Stammformel entspricht ferner Folgendes. Wenn das *s. s. c.* nicht ursprünglich war, vielmehr im Interesse des Klägers erfunden und eingesetzt wurde, dann konnte es, nachdem es erfunden worden, auch nicht in allen Fällen Anwendung finden, wo Einer mit der Behauptung z. B. *hunc ego hominem e. j. Q. m. e. a* auftrat. Es bildete also insofern ein bewegliches und das bewegliche Stück der Formel der in rem actio. Wenn dem Kläger eine einflussreiche causa seiner in Anspruch genommenen Sache nicht bekannt war, so hatte es keinen Sinn ihn zu zwingen eine besondere namhaft zu machen und sich durch *secundum s. c. sicut dixi* in der Formel auf eine solche zu beziehen. Das besprochene Formelstück hat danach insoweit Aehnlichkeit mit der praescriptio pro actore im Formularprocess. Daraus nun, dass *s. s. c.* zum Schutz des Klägers bestimmt war, erklärt sich weiter, dass *s. s. c.* weder bei der in jure cessio von dem cui in jure ceditur, noch bei der mancipatio von dem mancipio accipiens gesagt wurde. Keiner von Beiden will die Sache erwerben *cum sua*

causa, darum sagt keiner sie sei sein *secundum suam causam*. Sie wollen z. B. die Sache nicht erwerben mit einer Eigenschaft, welche das Eigenthumsrecht in der Folge aufheben könnte. Darum ist es hier Aufgabe des Veräusserers eine solche causa namhaft zu machen, *causam excipere* 69 D 21,2 cf. 67 D 18,1, nicht Dessen, der das *meum esse* behauptet.

Wir haben bisher allein den Fall betrachtet, dass in rem geklagt wird wegen einer Sache, die dem klagenden Eigenthümer mit dem Eintritt einer Bedingung verloren gehen kann. Dass die unter einer Bedingung vermachte Sache bis zum Eintritt der Bedingung pleno jure dem Erben gehört, ist in der classischen Zeit nicht bezweifelt worden, z. B. 29 § 1 D 40,9. 12 § 2 D 10,2, und dass der drohende Verlust der Sache die Eigenthumsklage nicht ausschliesst, sagt besonders 66 D 6,1. Wenn man aber dereinst auch in Bezug auf Bedingungen der Ansicht war: Non videtur perfecte cujusque id esse quod ex casu auferri potest (139 § 1 D 50,17), wenn man ferner noch die auflösende Bedingung von der aufschiebenden nicht so unterschied, wie recipirt ist (vgl. 2 § 4 D 41,4 und Brinz, Pand. 1. A. S. 1472), was zumal in dem Falle nahe lag, dass die Bedingung nicht von den Personen gesetzt war, zu deren Gunsten beziehentlich Ungunsten sie eintrat — denn was für den Legatar Suspensivbedingung war brauchte der Erbe auch nicht anders anzusehen —: dann kam man leicht dazu ein Eigenthumsrecht, dem so der Untergang drohte, für nicht so ganz und voll zu erachten und ihm die Auszeichnung zu geben, welche die vorsichtige processualische Geltendmachung gebot. Die causa gehörte der Sache, betraf aber das Eigenthumsrecht an ihr. Der concrete Fall nun, auf den wir nach Karlowa die Clausel *s. s. c.* bezogen haben,

kann im älteren Recht nicht so selten vorgekommen sein, dass er nicht den Anlass zu der Clausel hätte geben können. In einer Zeit, da Fideicommisse, da überhaupt Auflagen nicht durch Klagen durchzusetzen sind, wählt man das stärkere Mittel der Bedingung; denn nur um Einen auf ein Legat lüstern zu machen, sind die Bedingungen nicht gesetzt worden. Für andere Fälle, in welchen die Clausel *s. s. c.* Bedeutung hatte, könnten nur weitere Vermuthungen geäussert werden. Hier greift eben die Thatsache ein, dass die Aenderung im Process, die Verweisung des Richters auf die Litiscontestation als den zeitlichen Boden seiner Entscheidung, das praktische Anwendungsgebiet der Clausel *s. s. c.* verwischt hat, so dass die classische Zeit keine Spur mehr davon zeigt: die ***sua causa*** spielt keine Rolle mehr im Process, ist auf den ausserprocessualischen Verkehr beschränkt. Aber es kann der Wahrscheinlichkeit der geäusserten Vermuthung keinen Eintrag thun, dass wir im Ungewissen sind über die Berücksichtigung des Einflusses anderer Umstände, als des Eintritts einer Bedingung, auf den Verlust des Eigenthums vor dem Urtheil, wie Usucapion des Beklagten, Auslösung des redemptus (12 § 7 D 49,15) u. s. w.

Die Annahme, dass die Clausel *s. s. c.* nicht der ursprünglichen Formel angehört, vielmehr ein durch später erkanntes Bedürfniss erzeugtes Stück derselben ist, entbehrt nicht stärkender Analogieen. Würde sich doch darin nur das auch sonst Wahrnehmbare bethätigen, dass ein Grundstock von Worten im Laufe der Zeit um Zusätze vermehrt wird, oder Aenderungen erleidet, wofür sich Beispiele aus den schönen Untersuchungen von Dernburg über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edicts in den Festgaben für Heffter beibringen

liessen. Hierher würde für die, welche sie billigen, die von Leist (Mancipation und Tradition) bekämpfte Annahme Iherings gehören, dass die Mancipationsworte *isque mihi emtus esto . . . hoc aere aeneaque libra* späteren Ursprungs sind, als die vorausgehenden, und zugesetzt um einem Zwölftafelsatz (41 J. 2,1) die Spitze zu bieten. Näher noch liegt uns die Legisactio selber; wir sehen ab davon, dass Gaius zwei Wörter mehr gibt (*inposui* und *postulo*) als Probus und Cicero: nach Gellius' Darstellung (XX, 10) ist das *ex jure manum consertum vocare* nicht das ursprüngliche, gesetzmässige Ritual gewesen, vielmehr erst *tacito consensu* an die Stelle eines anderen getreten, das die Zwölftafeln bei den Worten *si qui in jure manum conserunt* im Auge hatten. (Desuetudo gegen die Zwölftafeln z. B. Ga. I 111.) — Die weitere Annahme, dass die Clausel *s. s. c.* im Laufe der Zeit zu einem stehenden Formeltheil geworden ist, entspricht ebenfalls der Erfahrung, der, dass das einmal als nützlich Erkannte und praktisch Bewährte, aber für besondere Fälle Erfundene und facultativ Gemeinte, das Bewegliche, im Laufe der Anwendung erstarrt und zu einem festen Stück der Formel wird. Ist das ex jure manum consertum vocare erst tacito consensu eingeführt worden, dann muss es eine Zeit gegeben haben, in der die alte Form und die neue zugleich im Gebrauche waren, es fand z. B. bei näher liegenden Grundstücken noch nicht das ex jure manum consertum vocare Statt, wie es Gellius beschreibt; erst allmählich ist, was im Interesse der entfernten fundi zugelassen worden war, auch für die nahe liegenden nothwendig geworden. Den gelehrten Streit, ob in einer Actionsformel *res*, oder *lis* zu sagen sei (Cic. Mur. 12 i. f.) hatte ein erfinderischer Kopf mit der Formel *Quam rem sive mi litem dicere oportet*

(Varro L.L. 7, 93) schon praktisch gelöst. Wer wusste, ob *res*, ob *lis* zu sagen sei, brauchte gewisslich nicht ursprünglich Beides zu sagen, die neue cautelarische Formel aber ist allmählich zur ständigen geworden. Kommt aber in generelle Anwendung, was für specielle Fälle gemeint war (z. B. Ungewissheit, ob *res* oder *lis* zu sagen), dann ist die Möglichkeit gegeben, dass die Formel nicht mehr ist, als Worte und des ursprünglichen Sinnes enträth. Dass die Römer überhaupt in Dingen des Rechts, nicht blos des Privatrechts und nicht blos des Rechts, länger an der Form, denn an dem Inhalt gehaftet haben, dafür sind nicht erst Belege erforderlich. — Dass nun auch *secundum suam causam* zu einem stehenden Formeltheil wurde, ist um so natürlicher, als es inmitten eines von je unveränderlichen, weil stets wesentlichen Kernes fungirte. Hieraus erklärt sich denn, dass Gaius — der, wie Huschke weislich bemerkt, das Legisactionenverfahren in seiner letzten Entwicklung darstellt — das *secundum s. c. s. dixi* in der Formel so aufführt, dass es darin nicht minder unentbehrlich erscheint, als das *hunc ego hominem e. j. Q. m. e. ajo*; äusserlich verräth nur noch die Syntax, dass das *secundum suam causam s. d.* nicht zugleich mit dem *hunc ego . . . meum e. ajo* auf die Welt gekommen ist. *Secundum suam causam s. d.* wurde ferner ständig, auch ohne dass ein dicere vorausgegangen, als es zur Regel geworden war, dass der Richter sich nicht nach dem gegenwärtigen in judicio bestehenden Rechtszustand richten dürfe; hiermit war aber auch die Möglichkeit, ihm den Sinn zu erhalten, ausgeschlossen. So erklärt sich, dass Gaius in der Legisactio eine Formel aufführt, die durch *sicut dixi* auf Vorhergegangenes verweist, ohne dass er selbst Etwas als vorhergegangen angegeben hat: es wurde dies *sicut dixi* zuletzt auch dann

gesagt, wann Nichts vorher gesprochen war von einer causa, ja wenn der Kläger auch nicht einmal irgend eine causa im Sinne trug. Man darf daher nicht sagen, was gesagt worden ist, dass Gaius' Bericht insoweit unvollständig sei, weil er nichts von vorausgegangenen dicta merken lasse. Anders war dies ehemals, da konnte von *s. s. c. s. d.* mit freier Benutzung von Ga. II, 104 gesagt werden: et sane quae petitor specialiter in jure ante legis actionem dixerit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Die Gewissheit, dass *s. s. c.* bei den römischen Juristen nicht vorkommt, macht es in hohem Grade wahrscheinlich, dass die Clausel für Gaius nur ein Formeltheil war, dem in seinen Augen die Bedeutung fehlte. Die Clausel bildet insofern ein Seitenstück zum *vindicare* der Formeln, mit welchem Gaius ebenfalls schwerlich mehr den alten Sinn zu verbinden wusste. Wenn er nun, aus *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat* zu schliessen, auch den Beklagten *s. s. c.* sagend denkt, dann ist der Zweifel gestattet, ob er sich über den Zweck dieser Worte im Munde des Beklagten Rechenschaft zu geben im Stande war, hat er aber damit einen wirklichen Gebrauch berichtet, wie er in seinen Tagen noch zu hören, oder doch zu lesen war, so darf auch dieser nicht ohne Erklärung bleiben. Für die Verneinung der klägerischen Eigenthumsbehauptung ist es gleichgültig, ob der Beklagte das Eigenthum an der Sache schlechthin, oder an der Sache *secundum suam causam* verneint. Wenn man aber von dem nahe liegenden Grundsatz ausging, dass der Beklagte von dem was der Kläger vorgebracht, Nichts unberücksichtigt lassen dürfe, dass es zu seiner vollen Vertheidigung gehöre, sich auf alles dieses zu erklären, dann kam man auch dahin, im Falle

der Beklagte verneinte, ihn auch mit *rem tuam esse nego secundum suam causam sicut dixisti* verneinen zu lassen. Wenn er dagegen selbst Eigenthum behauptete, so musste es ihm ursprünglich frei stehen zu sagen, die Sache sei sein *secundum suam causam*, oder ohne diesen Zusatz, das Gegentheil wäre widersinnig gewesen, um so mehr, als wir auch den Kläger diesen Zusatz zu machen nicht ursprünglich genöthigt gefunden haben. Als aber *s. s. c. s. d.* ein ständiger Theil der Formel, und damit blos Wortformel geworden war, konnte der Beklagte, wenn er wie er durfte, selbst Eigenthum behauptete, gezwungen sein, dies in der unveränderlichen Formel zu thun, mit der es der Kläger that, um so mehr, als der Zusatz *s. s. c. s. d.* Nichts mehr bedeutete, der Beklagte sich also mit seinem Gebrauch in keiner Art Etwas vergab.

§ 23.

Fast gleichzeitig mit Huschke (J. A. ed. 2. ad Ga. IV 16 und Z. f. RG. 7, 176) ist von Bülow (die L. v. d. Processeinreden S. 202 u. 236) der Vorschlag ausgegangen *secundum suam causam* von *sicut dixi* zu trennen, zwischen beide Wortgruppen eine Interpunction zu setzen. Aus der Billigung der Lesart durch Huschke und ihre Aufnahme in die J. A. zieht Bülow sogar den seltsamen Schluss (236): „Sie dürfte somit wohl über allem Zweifel stehen.“ Den neuen Vorschlag haben Karlowa, LA^{en} S. 71 und Puntschart a. a. O. S. 241 N. 4 angenommen. Huschke erklärt die alte Interpunction für „falsch“ und schlägt *s. s. c.* zum ersten, *s. d.* zum zweiten Theil des von Gaius angegebenen Ausspruchs. Dass man in demselben die Rechtsbehauptung

von der vindicatio unterscheiden müsse, ist auch hier, oben § 8 gesagt und begründet worden. Daraus folgt aber Nichts für die Zugehörigkeit des *sicut dixi* zu *ecce tibi vindictam inposui,* wie Huschke zu glauben scheint. Die angenommene Abtheilung und Beziehung der Wortgruppen *s. s. c.* und *s. d.* ist vielmehr aus mehreren Gründen zu verwerfen. Einmal ist nämlich *secundum suam causam* ohne *s. d.* müssig und leer, oder nur leer. Das Erstere, wenn man mit Huschke davon sagt: tantum significat rem actoris ex aliqua causa jam esse; denn wenn Einer behauptet *hanc rem e. j. Q. meam esse ajo,* so ist es selbstverständlich, braucht also nicht erst ausgedrückt zu werden, dass er sie ex aliqua causa schon für sein erklärt. Diese significatio wird, wie bereits ob. S. 108 gezeigt, nicht besser durch den angeschlossenen Gegensatz: non ut in mancipatione, nunc primum fieri. Sie wird auch nicht annehmbar durch das Multa S. 429 N. 202 Gesagte: „Wollte der Kläger Eigenthum blos aus einem bestimmten Grunde zum Gegenstand des Processes machen, so ist kein Grund abzusehen, weshalb er nicht schon damals adiecta causa, die dann an die Stelle des allgemeinen secundum suam causam trat, hätte klagen können"; denn *sua causa* kann, wie oben und auch von Anderen bemerkt worden ist, nicht Erwerbsgrund bedeuten. Wäre dies überhaupt möglich, dann wäre auch nicht zu erklären, wie so die Wendung *s. s. c.* in den Juristenschriften gänzlich fehlt, da doch der Erwerbsgrund des Eigenthums einer ihrer Gegenstände ist. Dass aber *s. s. c.* mit einem Speciellen vertauschbar sei, ist einstweilen eine willkürliche Aufstellung. — Das Letztere, leer ist *secundum suam causam* ohne *sicut dixi,* wenn man es wie hier und auch von Karlowa geschehen, für die rechtliche Beschaffenheit der Sache, welche ihr anhaftet, nimmt.

Dieser Begriff ist nämlich viel zu allgemein und abstract, als dass er ohne eine specielle Verweisung praktische Verwendung finden kann. Was *meum esse* ist, kann jeder, muss jeder Richter wissen; was sich aber der Kläger bei *sua causa* gedacht hat, kann er nicht wissen, denn darunter lässt sich sehr Verschiedenartiges begreifen, was die classischen Juristen auch erkennen lassen und Karlowa (nach S. 72) nicht zu verkennen scheint. Es wäre ausschweifende Begünstigung der Phrase gewesen — mit der die römischen Formeln doch ursprünglich Nichts gemein hatten — wenn man dem Kläger gestattet hätte, einen Angriff mit Eigenthumsbehauptung zu machen und sich dann hinter das breite *secundum suam causam* zu verschanzen; damit, wenn der Richter fand, dass ihm kein Eigenthum zustehe, er erwidern könnte: ich habe ja auch nur behauptet, die Sache sei mein *secundum suam causam*. Nicht blos die Phrase, auch die Chicane wird begünstigt und der Richter verwirrt, wenn der Partei gestattet ist, *secundum suam causam* zu sagen, ohne sich durch Verweisung auf einen zuvor angegebenen concreten Umstand über die Bedeutung des *s. s. c.* zu erklären. — Zweitens wird *sicut dixi* durch Abtrennung von *s. s. c.* lahm gelegt, oder zu einem fünften Rade gemacht. Huschke sagt von ihm: „es geht vielmehr auf die ganze erste Rechtsbehauptung und dient dazu, völlig angemessen, die nun folgende und mit Worten ausgedrückte Anlegung des Rechtsspeers, der daher selbst vindicta heisst, als eine dem ersten Gliede entsprechende äusserste oder kriegerische Geltendmachung des eben nur erst mit Mund und Hand behaupteten Eigenthums darzustellen . . .“ Dagegen erhebt sich der Einwand, dass es dann gänzlich überflüssig ist, da das der Rechtsbehauptung folgende vindicare ohne Weiteres derselben

entsprechend ist und nur als auf Grund derselben erfolgend angesehen werden kann. vgl. § 25. Huschke sagt nun: „Wäre nehmlich das *vindictam imposui* nur schlechthin und nicht *sicut dixi* geschehen, so würde es sich blos als eine Besitzesstörung, nicht als eine mit dem *e. j. Q. meum esse ajo* in Verbindung stehende Eigenbesitzesstörung darstellen . . .“ Ganz recht, wenn das vindictam inponere nicht erfolgt sicut dixit, dann liegt das vor, was Huschke angibt. Aber so spricht nicht die Partei, so spricht ein Referent und Kritiker. Was braucht die Partei selber in solenner Weise zu behaupten, sie habe so gethan, wie gesprochen; das ist überflüssig, wenn es wahr, nutzlos, wenn es unwahr ist. Man denke, die Partei hat die vindicta aufgelegt, wird sie dann selber diese ihre Handlung kritisiren mit *sicut dixi . . . vindictam inposui?* Noch mehr: ihr vindicare besteht nicht nur aus vindictam inponere, sondern es gehören dazu auch die Worte *ecce tibi vindictam inposui* als Anrede wider den Gegner. Sagt sie also *sicut dixi ecce tibi vindictam inposui*, dann spricht sie nicht nur „sieh', da habe ich die vindicta aufgelegt“, sondern (nach Huschke) sie kritisirt auch zugleich in den Worten des vindicare das Werk des vindicare! Die Worte *ecce tibi v. i.* haben auf diese Art zwei Functionen zugleich zu versehen, welche unverträglich sind. Karlowa gibt den Spruch wieder mit „Wie ich gesprochen, mein Recht in Worten behauptet habe, so habe ich jetzt auch die vindicta aufgelegt.“ Hier zeigt sich deutlich, wie der lebendige Ausruf *ecce tibi vindictam inposui* — der bei Probus lebhafter *ecce tibi vindictam* lautet und Gewaltzeigen in Worten ist — zu einer Kritik des Werkes inponere abgeschwächt ist. Wer seine That mit vorher gesprochenen Worten vergleicht, Wer erklärt, dass jene diesen ange-

messen, entsprechend sei, übt Kritik aus; hier dazu eine Kritik, die wider den Kritikbegriff nicht nach ihrem Gegenstand auftritt, wenn wir uns an Gaius *et simul homini festucam inponebat* halten. Karlowa aber bemerkt „dem Wort entspricht die That" und verweist „zur Bestärkung" „auf die Analogie der Devotionsformel bei Liv. 8, 9." Allein Analogie scheint mir hier darum ausgeschlossen, weil innerhalb dieser Formel nicht das Verhältniss obwaltet, das in der Rede des Klägers ausgedrückt sein soll. Jene Formel zerfällt in ein Gebet um Sieg für die Römer, Schrecken und Tod für die Feinde *(precor)*, und daran schliesst sich die eigentliche Devovirung *(devoveo)*. Die Devovirung aber ist nichts dem Gebet Vergleichbares, während doch durch *sicut dixi e. t. v. i.* die That als der Rede entsprechend hingestellt sein soll. Daher kann eine solche Vergleichung auch nicht durch die Worte *sicut verbis nuncupavi ita* ... ausgesprochen sein. Mir scheinen sie nur angewandt, um vom Gebet feierlich zur Devovirung überzugehen, was der faltigen Breite einer religiösen Formel entspricht, die sogar wiederholt hergesagt wird; auch ist von demjenigen nicht Kürze im Ausdruck zu verlangen, der ewigem Schweigen entgegengeht. Alles dies gilt nicht von einer Processformel. Ferner ist *ita* ... *devoveo* die Devovirung, wogegen *ecce* ... *inposui* nach Huschke nicht die That, sondern Bemerkung über die That ist. Analogie wäre nur vorhanden, wenn die Processformel lautete: *ita vindictam inponendo vindico.* — Beiläufig bemerkt, wird durch Beziehung des *sicut dixi* gerade allein auf *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* die unrichtige Vorstellung erweckt, dass in *ita dicebat* und *similiter dicebat* das *dicebat* sich nicht auch auf das *ecce tibi vindictam inposui* erstrecke.

Drittens endlich ein Grund aus der Sprache. Im Satze *jus feci sicut vindictam inposui* wird durch *sicut* eine Beziehung des *vindictam inposui* zu der vorausgehenden Behauptung *jus feci* hergestellt das gleiche; Verhältniss findet nach der bisherigen Interpunction zwischen *sicut dixi* und *secundum suam causam* statt. Nach der von Huschke eingeführten Interpunction wird *dixi* zu dem nachfolgenden *ecce t. v. inposui* in Beziehung, in Vergleichung gebracht. Einheit im Sprachgebrauch wäre besser, ihr Mangel indessen ist kein Grund gegen die neue Interpunction. Wohl dagegen Folgendes. So oft mit *sicut* eine Vergleichung eingeleitet wird, findet sich der nachfolgende Satz, oder das nachfolgende Wort, welches mit dem von *sicut* eingeleiteten Satz, oder Wort in Correspondenz gesetzt ist, eingeleitet durch ein dem *sicut* correspondirendes *ita, sic, item, contra* u. s. w. Von dieser sprachlichen Thatsache habe ich keine einzige Ausnahme zu finden vermocht und glaube danach sie als Regel ansehen zu müssen, als Regel, welche nicht etwa nur von dem silbernen und von dem prosaischen, welche selbst von dem plautinischen Latein bekundet wird. Ein Beispiel dieser äusseren Correspondenz, obschon inhaltlich die Vergleichung mangelt, ist uns schon in der Devotionsformel mit *sicut verbis nuncupavi, ita . . . devoveo* begegnet. Nur zur Erläuterung der Regel führe ich noch ein paar Stellen an. Einerseits Plaut. Asin. 1, 1, 1 u. 3. Trin. 2, 4, 148 u. 150. Ga. II 169, 185, 213. IV 53[a], 169. Ulp. 2, 12. 22, 30. 24, 25 u. s. w.; Andererseits Asin. 3, 2, 13. Bach. 3, 6, 20 (ed. Fleckeisen v. 549) Poen. 3, 1, 3. Cas. 3, 3, 4, nicht minder Trin. 3, 3, 76 u. a. Ga. I 88, 122. II 197, 215, 228. IV 22, 44, 48, 133 u. s. w. Karlowas Uebersetzung von *sicut dixi ecce tibi vindictam inposui*: „Wie ich gesprochen, mein Recht

in Worten behauptet habe, so habe ich jetzt auch die vindicta aufgelegt", fusst nicht auf dem Texte, und die mit Lebhaftigkeit als die wahre verkündete neue Interpunction steht, soviel ich sehe, nicht im Einklang mit der lateinischen Sprache.

Aus allen drei angeführten Gründen muss ich, wenn Huschke, J. A. zu Probus' litterae singulares: *s. s. c. s. d. e. t. v.* bei *secundum suam causam* anmerkt: male haec verba cum sequentibus conjuncta sunt, erwidern: immo optime.

§ 24.

In den vorausgehenden Paragraphen ist ausgeführt worden, wie auch durch Iherings Annahme, dass den Parteien die Angabe des Erwerbsgrundes ihres Eigenthums oblag, die Nothwendigkeit einer positiven Rechtsbehauptung des Beklagten nicht erklärt wird. Unter Anderem, hat sich ergeben, auch desswegen nicht, weil diese Obliegenheit nicht nachweislich besteht, insbesondere sicherlich nicht in den Worten *secundum suam causam* ausgesprochen liegt. Dabei ist gelegentlich des *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* gedacht worden. Es hat sich gezeigt, dass, wenn man in diesen Worten *causa* für Erwerbsgrund nimmt, dieselben also als Forderung der Angabe des Erwerbsgrundes ansieht, aus dem das in Anspruch genommene Eigenthum vom Aufgeforderten abgeleitet worden ist, die causa in diesem Sinne nicht schon vorher angegeben worden sein kann. Wenn man nun den allgemeinen Geboten der Sprache oder des Denkens, wie den besonderen des technischen Gebrauchs folgend *causa* in *secundum suam causam* nicht für Erwerbsgrund nimmt, so wird wiederum die Möglichkeit

eröffnet, dass *causa* in *qua ex causa vindicaveris* als Erwerbsgrund aufzufassen ist. Die Formel *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* tritt bei Gaius als Stück des Rituals auf und ist sonach als immer und nothwendig gesprochen zu denken. vgl. Cic. Mur. 12. Vorausgesetzt nun, dass in ihr unter *causa* Erwerbsgrund (des Eigenthums) zu verstehen ist, ist gewiss, dass der Beklagte zur Angabe der causa in diesem Sinn angegangen wurde. Dann aber wird der Schluss fast unabweisbar, dass er auch Eigenthum behaupten musste — was nicht mit dem o. S. 103 Gesagten zu verwechseln ist —, darum, weil nicht anzunehmen ist, dass der Beklagte, wofern er nicht Eigenthum behauptet hat, zur Angabe der causa, aus welcher er Eigenthum behauptet oder den Eigenthumsanspruch erhoben habe, aufgefordert werden musste. Allein jene Voraussetzung ist unrichtig, wie bereits, oben § 8, in anderem Zusammenhang erkannt worden ist. Die Benutzung dieser Erkenntniss, die hiernächst erfolgen soll, gibt Anlass im Vorausgehenden Zerstreutes zusammenzufassen, auf dass es sich auch in der Vereinigung bewähren könne; gibt aber ferner auch Gelegenheit zur Einsicht, dass das Ritual der legis actio sacramento in rem — wie es ihre alten Formeln ergeben — nicht nur, was nach dem Bisherigen gewiss sein dürfte, Eigenthumsbehauptung durch den Beklagten nicht voraussetzt: sondern sogar auf eine Vertheidigungsart des Beklagten zugeschnitten ist, welche Verneinung der klägerischen Eigenthumsbehauptung ist.

Gegen die Annahme, dass *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* die Forderung der Angabe des Erwerbsgrundes sei, spricht — ausser dem in § 8 geltend Gemachten — dies Allgemeine, dass die Forderung vom Kläger an den Beklagten, und dass sie nur vom

Kläger an den Beklagten gerichtet wird. Es ist wider die römische Auffassung des processualischen Verhältnisses von Kläger und Beklagten, dass der Kläger den Beklagten zur Angabe seines Erwerbsgrundes auffordert, und noch mehr wider dieselbe, dass nicht auch umgekehrt die gleiche Aufforderung seitens des Beklagten an den Kläger gerichtet wird. Diesem Bedenken begegnet Huschke (Multa S. 430) durch die Versicherung: (es) „wurde von dem, der zuerst vindiciert hatte, und dann gewiss auch umgekehrt vom Gegner durch die Frage *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* und die Antwort des Anderen *jus peregi, sicut vindictam imposui* constatirt . . .“ und sagt in der zugehörigen Note 207: „Dieses lässt freilich unser jetziger Text von Gai. 4, 16 nicht erkennen, aber nur in Folge einer Auslassung des Abschreibers, die man nicht vollständig ergänzt hat. Man liest jetzt: *qui prior vindica*(verat, ita alterum interroga)*bat*. Schon an sich wahrscheinlicher fiel aber folgende ganze Zeile aus: *vindica*(verat, ita adversarium et rursus post is alterum interroga)*bat*“. Dieser Conjectur hat Huschke durch Aufnahme in die dritte Ausgabe seiner Jur. Antej. eine grosse Verbreitung gesichert. Diese Conjectur ist eine zu beklagende kritische Verirrung, hervorgegangen aus dem Verlangen des carmen amabaeum, die Gleichseitigkeit oder die Symmetrie, welche die legis actio sacramento in rem nun einmal darstellen sollte, auch wirklich dargestellt zu sehen. Die kritischen Grundsätze, welche Huschke in seiner Schrift: „Zur Pandektenkritik“ zum Heil und Dank der Wissenschaft vorgetragen und grossentheils auf die Kritik dreier Digestenbücher alsbald angewandt und erfolgreich bewährt hat, leiden im Wesentlichen auch auf die Kritik des Gaius Anwendung. Bei der obigen Conjectur sind

sie nicht leitend gewesen. Unter Benutzung der dabei befolgten Methode mache ich mich anheischig Jedermann nach seinen Bedürfnissen einen neuen Gaius herzustellen, ohne ihm vom alten Etwas wegzunehmen. Die frühere Aenderung des überlieferten Textes rührt von Göschen her. Heffter a. a. O. bemerkt dazu: Fateor, hoc expectari. Si tamen ex superioribus verbum *dicebat* repetamus, etiam Codicis scriptura defendi potest, welche er selbst im Text gibt. Auch ohne solches Herüberdenken, mit Hinzudenken ist auszukommen, wenn man nach *vindicabat* interpungirend Gaius bei Schilderung des Processdramas grössere Lebhaftigkeit zutraut und das Imperfect *vindicabat* nicht historisch, sondern so versteht: „Wer zuerst vindicirte", womit nicht die folgende Thätigkeit gemeint, sondern gleichsam der Name der Person im Stück angegeben wäre. Mehr empfiehlt sich Göschens Aenderung, obzwar *vindicaverat*, *interrogabat* als ausreichend genehmer ist und *interrogabat* nicht sehr zu *postulo* passt, als welches auf Fordern, nicht auf Fragen geht. Am meisten empfiehlt sich, was von befreundeter Seite vorgeschlagen wird, zu lesen: *qui prior vindica*(bat dice)*bat*, da sich hierbei die Verderbniss des Textes am besten erklärt und ferner eine Parallele zu dem nachfolgenden *deinde qui prior vindicaverat*, *dicebat* gewonnen wird. Huschkes Vorschlag dagegen ist zu verwerfen, einmal aus dem in § 7 angeführten Grunde; ferner weil, wenn Gaius von *vindica* bis *bat* beide Parteien hat auffordern lassen, er nicht fortfahren kann *ille respondebat.* Denn es ist weder *ille* am Platze, weil man nicht weiss, Wer damit gemeint ist, noch kann Gaius wieder in das chronologische Referiren verfallen, sondern muss in Einem vom Respondiren beider Theile sprechen, was wiederum nicht mit *ille* geschehen kann. Drittens ist, was Huschke eine

ganze Zeile nennt, soviel ich sehe, mehr als eine Zeile, auch wenn man die übliche Abkürzung berücksichtigt, wodurch auch das argumentum ad hominem wegfällt. Endlich wird, wie sich zeigen soll, durch den neuen Vorschlag nicht blos der wahre Sinn verdunkelt, sondern auch ein unwahrer eingeführt.

Durch die Frage *Postulo* . . . und die Antwort *Jus* . . . wird nach Huschke (s. das den citirten Textworten Folgende) constatirt „dass diese publicistischen Besitzanmassungen (vindicationes) vom Einen und vom Anderen nicht selbstständig für blossen Processbesitz (pro possessore) und ohne Rücksicht auf einen Rechtsstreit, sondern nur zur Geltendmachung seines Eigenthums oder sonstigen Rechts (ex causa pro suo) und zwar wider dessen Bestreitung geschehen seien.“ Hierbei ist sehr zu billigen, dass Aufforderung zu Angabe der causa ex qua Einer vindicavit und entsprechender Bescheid nicht als Anfrage und Antwort über den Erwerbsgrund des behaupteten Eigenthums aufgefasst werden. Dies allein stimmt zu dem für die Formeln vorauszusetzenden alten Sprachgebrauch (o. § 8); hier mag noch bemerkt werden, dass selbst von den classischen Juristen *vindicare ex aliqua causa*, nur ein einziges Mal (4 § 29 D 44,4) für die Eigenthumsklage anstellen aus einem Grunde gesagt wird, da sie sonst *petere* sagen. Das richtige Verständniss des *vindicaveris* der Formel findet sich auch z. B. bei Danz, der sacrale Schutz 162, Puntschart, a. a. O. S. 241 unten, 242 oben. Dagegen ist die obige Ausführung Huschkes in zwei Beziehungen nicht zu billigen: 1. Wenn der Kläger auftritt mit den Worten *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* und sofort mit Wort und Werk die vindicatio folgen lässt, dann ist damit schon constatirt, dass diese „publicistische Besitzanmassung“ (vin-

dicatio) von ihm „nicht selbständig für blossen Processbesitz (pro possessore) und ohne Rücksicht auf einen Rechtsstreit, sondern nur zur Geltendmachung seines Eigenthums oder sonstigen Rechts“ geschieht; und dies ist auch vom Standpunkt Huschkes unbestreitbar, wonach die Correspondenz von vindicatio und Rechtsbehauptung noch durch *sicut dixi* ausgesprochen wird. Daraus folgt aber mit Sicherheit, dass für eine vom Beklagten an den Kläger zu richtende Aufforderung zur Angabe der causa, aus der dieser *vindicaverit* überall kein Raum ist; damit fällt zugleich die Möglichkeit einer Antwort, und einer auf diese zu bauenden Behauptung *Quando tu injuria vindicavisti.* (o. § 14). 2. Durch die Antwort des Beklagten *Jus feci sicut vindictam inposui* wird nicht constatirt, dass seine vindicatio „nur zur Geltendmachung seines Eigenthums oder sonstigen Rechts“ geschehen sei; sondern das *jus feci* hat einen anderen Sinn. *Jus feci* statt *jus peregi* ist erst durch Studemund gelesen worden, daher Huschke a. a. O. diese Lesart noch nicht hat benützen können. Ebenso konnte auch von Puntschart nur die frühere zu Grunde gelegt werden. Weil nach seiner Ansicht (vgl. S. 240/1. 316/7) das vindicare vorgenommen werden kann, um ein eigenes Recht auszuüben, oder aber, um einem Anderen die Ausübung seines Rechts zu bestreiten (was mit der Antwort *jus tibi negavi* erklärt werde) so sei nothwendig die „Frage nach dem Motiv des vom Contravindicanten vorgenommenen Vindicationsactes, weil dieser ausdrücklich zu erklären hatte, ob er diesen Act vornehme, um ein eigenes Recht auszuüben, oder, um seinem Gegner blos die Ausübung seines Rechts zu bestreiten.“ Hiernach bleibt aber noch die Frage zu beantworten, welches Interesse der Kläger daran hat der Ungewissheit über die Bedeutung des durch den Beklagten

vorgenommenen vindicare enthoben zu werden, und ferner, wie so er noch im Ungewissen, also in der Lage zu fragen sein kann, wenn doch der Beklagte nach Puntscharts Annahme der „actio duplex" gemäss vor seinem vindicare Eigenthum behauptet hat. S. 239/40.

§ 25.

Der zu Ende von § 24, unter 2. behauptete andere Sinn von *jus feci,* nebst anderem in den §§ 8. 14 vorläufig Behauptetem wird durch folgende, zugleich ergänzende Recapitulation festgestellt. — Der Kläger tritt auf mit der positiven Rechtsbehauptung *Hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo s. s. c. s. d.* und lässt unmittelbar darauf die vindicatio mit Wort und Werk folgen. Dass es ihm nicht um wildes Dreinschlagen, um rechtlose Besitzerlangung, sondern um Einhaltung des Rechtsweges zu thun ist, zeigt er dadurch, dass er mit seinem Gegner vor den Magistrat gekommen ist, noch mehr dadurch, dass er vor seiner vindicatio sich auf das jus Quiritium beruft. Das vindicare ist Gewalt zeigen in Rede und That, um die körperliche Macht über das Object zu erlangen, mit dem man durch die That in Berührung kommt, oder die körperliche Macht eines Anderen davon abzuwehren. Auf dem Wege Rechtens und dem Besitzer einer Sache als solchem (d. i. nicht z. B. dem Diebe) gegenüber kann ein Anderer sich nur dann des Besitzes unterwinden durch vindicatio, wenn er ein Recht an der Sache zu haben behauptet und nur auf dem ausgesprochenen Grunde eines solchen ihm (vermeintlich, vielleicht auch wirklich) zustehenden Rechts. Die *causa ex qua vindicat* der Kläger ist mit der Behauptung *Hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo* ausgesprochen. Ihn

diese Beziehung noch besonders sagen lassen, heisst der Reflexion Platz machen. Dass der Kläger sein *te ex jure manum consertum voco* durch *inde* besonders auf seine Eigenthumsbehauptung gründet, steht eben in einer Formel, die jüngeren Ursprungs ist; auch ist *vocare* nur Wort, *vindicare* Wort und Werk.

Dem Gewaltzeigen des Klägers gegenüber, das auf Besitzerlangung abzielt, braucht der Besitzer, welcher Beklagter ist in der in rem actio, nicht auch ein Privatrecht, überhaupt nicht ein Recht zu behaupten, um daraufhin seine vindicatio als Abwehr vorzunehmen, vielmehr steht ihm das jus naturae zur Seite. Denn *naturae quidem jus est,* sagt Cicero, de Juv. 2,22, *quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem* und definirt dann *Vindicationem, per quam vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et a nostris, qui nobis esse cari debent, et per quam peccata punimus.* Und das ist ihm in c. 53 und mir hier des Wiederholens werth: *Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem* . . . und *Vindicatio est, per quam vis et injuria et omnino omne quod obfuturum est defendendo aut ulciscendo propulsantur.* Was hier von vis vera et solida gesagt ist, gilt nachbildlich auch von vis civilis et festucaria, der processualischen Gewalt. Auch ohne Begründung mit einem Recht *vim vi repellere licet* (1 § 27 D 43,16, cf. 45 § 4 D 9,2. 3 D 1,1); im Falle sich zu wehren, sich zu vertheidigen befindet sich der besitzende, in seiner Sache angegriffene (*tibi inposui*) Beklagte. Weil er nun nicht wie der Kläger eine *causa* angeben muss

ex qua vindcat, wann er *vindicat*, ist der klägerischen Aufforderung *anne dicas qua ex causa vindicaveris* Raum gegeben. Diese Aufforderung erlässt nun der Kläger nicht, wie behauptet worden ist, im Interesse des Beklagten, um ihm Gelegenheit zum Rücktritt zu geben, oder gar allgemein, um seine Anmassung zu constatiren, sondern in seinem eigenen, in des Klägers Interesse. Der Kläger *ex causa dominii vindicavit. Ex qua causa* der Beklagte *vindicavit*, hat er nicht gesagt, weil er es nicht zu sagen braucht, da seine vindicatio schon jure naturae begründet ist. Aber der Kläger hat ein Interesse daran zu erfahren, ob nicht auch der Beklagte etwa gleich ihm *ex causa dominii vindicavit*. Darum gleich nach der Vindication des Beklagten, sobald des Magistrats Befehl *mittite* befolgt ist, geht der Kläger den Beklagten um die causa seiner Vindication an. Erfährt er nämlich jetzt, dass der Beklagte ihm (dem Kläger) das Recht nicht bloss bestreitet, sondern sich selber ein Recht zuspricht, dann mag er sich noch einmal besinnen und vielleicht znrücktreten, um nicht mit einem Recht den Kampf führen zu müssen. Aber selbst dieser Aufforderung des Klägers gegenüber braucht der Beklagte seine abwehrende Haltung nicht zu ändern, seine Defensivstellung nicht zu verlassen. Er leistet der klägerischen Forderung nicht Genüge, er gibt nicht die *causa* an, *ex qua vindicavit*, wie es der Kläger verlangt, thut ihm keinen Schritt entgegen, sondern erklärt nur *jus feci*, d. h. ich habe recht gethan, nicht „ich habe ein Recht ausgeübt“, „Eigenthum oder sonstiges Recht geltend gemacht“; *jus feci sicut vindictam inposui* d. h. *sicut vindicavi* d. h. mit meiner Vindication (im alten und im Sinne Cicero's) habe ich recht gethan. Aus dem Substantiv „Recht“ hat sich bei uns das Adverb „recht“

entwickelt; *jus* in *jus feci* ist Substantiv im Sinn von „etwas Rechtmässiges". Unserem Adverb „recht" entspricht vollständig nur der Ablativ von *jus*: *jure* (bei Plaut. z. B. Miles 5, 22 u. 42), aber dem *jus* in den Wendungen *jus orat, oras, postulas, dicis, petis* bei Plaut. Trin. 5, 2, 37. Pseud. 1, 5, 123. Rud. 4, 4, 94. Stich. 3, 1, 22. 5, 4, 44. Epid. 1, 1, 23. Pseud. 5, 2, 16 (vgl. auch 11 D 1, 1) und entsprechend *jus facere* unserer Formel, nicht im späteren Sinn (wie 50 § 1 D 30) kommt unser substantivisch aussehendes „recht" am nächsten. Den Gegensatz zu *jus* „das Rechtmässige", „das Rechte", welches etwas Factisches dem Recht Gemässes ist, bildet *injuria*. — Will nun der Kläger nach der trotzigen Behauptung des Beklagten, dass er recht gethan habe, den Streit fortsetzen, dann muss er das *jus fecisse* verneinen, er muss behaupten *injuria vindicavisti*. *Injuria vindicare* von der Abwehr gesagt ist nicht „ohne ein Recht vindiciren", da man zu solchem Vindiciren ein Recht nicht braucht. Der Beklagte hat an und für sich recht gethan, wenn er mit Gewalt der Gewalt des Klägers entgegengetreten ist. Aber wir befinden uns in jure, im Process, auf dem Rechtsweg, auch des Klägers Gewalt liegt auf demselben, und hier ist des Beklagten gewaltsame Abwehr nur dann gerechtfertigt und wirklich recht gethan, wenn sie nicht von dem Rechte des Klägers überwunden wird. Der Beklagte dann *injuria vindicavit*, wenn das, worauf der Kläger seine Gewalt gründete, wahr ist, d. h. wenn der Kläger, wie er behauptet hat, Eigenthümer ist. Diese Voraussetzung ist dem judex zu erweisen. Der Kläger aber bleibt in der Stellung des Angreifers, wenn er des Beklagten *vindicare* als *injuria* geschehen schilt, daraufhin (*quando tu*) sacramento provocirt, was der Beklagte seinerseits mit *Et ego te* nur

annimmt, damit stillschweigend bestreitet, ohne wiederum selber zu etwas Neuem, angreifend, herauszufordern.

Ich glaube, dass aus dieser zum Theil durch Vorausgehendes begründeten Darstellung hervorgeht, dass die legis actio sacramento in rem durchaus auf eine abwehrende Haltung des Beklagten zugeschnitten ist, dass insbesondere die Forderung der Angabe der *causa ex qua vindicavit* voraussetzt, dass er nicht schon gesagt hat *hunc ego hominem e. j. Q. meum esse ajo,* sondern dass er, jener Forderung Raum gebend, gesagt hat *tuum esse nego.* Mit diesem Ergebniss haben wir noch besonders den bedeutsamen Umstand in Uebereinstimmung gefunden, dass die Legisactio auch nur in eine Spitze ausläuft, die Behauptung des *injuria vindicavisse*, für und wider welche ja das sacramentum bestellt wird, wovon die Legisactio den Namen trägt. Wenn man nun unbekümmert um diesen ursprünglichen Zuschnitt dazu fortgeschritten ist, den Beklagten auch *meum esse ajo* möglicher, nicht nothwendiger Weise sagen zu lassen, so konnte man doch das alte Formular beibehalten aus einem äusseren, aber darum nicht weniger duchschlagenden Grunde, um nämlich durch die Antwort *jus feci s. v. i.* das Stichwort für die Behauptung *injuria vindicavisti* zu erhalten. Denn darauf musste das Verfahren hinauskommen, weil dies zur sacramento provocatio gehörte. Hatte doch auch, wenn der Beklagte nicht Eigenthum behauptet, sondern des Klägers Behauptung negirt hatte, das *Postulo anne dicas* . . . keinen anderen Zweck, als durch das *jus feci s. v. i.* zum *quando tu injuria vindicavisti* zu gelangen in dem Falle, wo der Kläger wusste, dass der Beklagte nicht Eigenthümer sei, weil er ihn als einen filiusfamilias, oder als den auctor kannte, also wusste, dass er nicht

Eigenthum als causa vindicandi angeben werde, und wo er selbst schon gleich anfangs entschlossen war, unbekümmert um den Bescheid auf sein *postulo* . . . d. h. ohne an Rücktritt zu denken, zur sacramento provocatio zu schreiten. Dass er nicht gleich nach dem mittere sagen konnte *quando tu injuria vindicavisti*, wann er auf die causa vindicandi des Beklagten gar nicht begierig war, war nicht nur Rücksicht auf den Beklagten — denn was konnte der gewinnen, wenn er einem entschlossenen Gegner Etwas von seiner causa vindicandi sagte — sondern auch auf das einmal abzuspielende Ritual. —

Im Vorstehenden ist allein die Nothwendigkeit der Vertheidigung durch Eigenthumsbehauptung in der sacramenti actio in rem bekämpft worden. Gibt man sie auf, so büsst man damit nicht, wie Manche glauben mögen, die antiquitatis effigies ein, sondern erhält sie recht eigentlich, indem die Sprache der Formeln auf eine dem Formularprocess ganz fremde Zeit und Anschauung hinweist. Denn wenn in diesem auch formelmässig die Frage nach dem Recht des Klägers geht, entscheidet dort nach den Formeln der Eigenthumsprocess die Frage nach der Rechtmässigkeit der Selbsthülfe wider fremden Angriff und kann so eine Stufe einer Entwicklung bezeichnen, wie sie oft gedacht worden ist.

Die Nothwendigkeit ist niemals nur eine verschärfte Möglichkeit, sondern sie ist ein zweischneidiges Schwert; also wirkt das Mögliche und Nothwendige nicht immer blos einschneidender, als das Mögliche für sich allein. Die positive Rechtsbehauptung als Form der Vertheidigung des Beklagten in der sacramenti actio in rem als mögliche Form mochte förderlich, als nothwendige Form musste sie hinderlich erscheinen. Jene ist im Einklang,

diese in schreiendem Widerspruch mit den nachfolgenden Gestalten des Eigenthumsprocesses. Haben die Römer diese Form zur unumgänglichen gemacht — wo bleibt der Takt, mit dem sie rühmlich ihren Process gestaltet haben? Hat Gaius diese Form als unumgängliche gedacht — wie konnte er das also gestaltete, so schwere Unzuträglichkeiten bewirkende Verfahren darstellen, ohne auch nur mit einem Worte anzudeuten, wie sehr es dadurch von dem ordentlichen, späteren, zeitgenössischen abweiche, welche Folgen es mit sich führe; Gaius, der viel geringfügigere Antiquitäten zu erläutern sucht, sollte diese weittragende übergangen, sollte die festuca einer Erklärung für werth und bedürftig, jene anomale Processform für sich selbst erklärend gehalten haben? Und die Neueren? gar Manches was den Römern entging, weil es vor ihren Augen lag, oder sie nicht Augen dafür hatten, haben die Epigonen erkannt und gewürdigt, aber noch soll Der kommen, der das Zweckmässige einer Einrichtung aufzeigt, die viele Beklagte vor die Wahl stellt zu lügen, oder sich zu ergeben, die keinen Besitzer duldet, der einen Angriff auf seine Habe nicht mit der Behauptung sie sei sein eigen zu begegnen bereit ist. Sollte ein Ding, was von so Vielen noch nicht begriffen worden, nicht vielleicht nicht begreifbar, weil nicht greifbar, nicht ein Gespenst sein, das entweicht, wenn man ihm näher tritt?

Ex. A. B. V.
2/17/04.

